

# Revue de DROIT

## UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

**Hors série : Numéro spécial SoDrus**

**Année :** 2013

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10253>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10253>

*Page vide laissée intentionnellement.*

<b>AVANT-PROPOS .....</b>	<b>1</b>
Par David GILLES Marie-Pierre ROBERT Claude GÉLINAS	
<b>L'ÉTAT ET LA DIVERSITÉ RELIGIEUSE AU CANADA : UNE POSSIBLE HISTOIRE DU PRINCIPLE DE NEUTRALITÉ DE L'ÉTAT .....</b>	<b>9</b>
Par Nadia BOUTOUBA Stéphane BERNATCHEZ	
<b>CONFRONTER LES NORMES AUX REVENDICATIONS RELIGIEUSES : LES DÉBATS JUDICIAIRES À MONTRÉAL (1764-1900) .....</b>	<b>49</b>
Par David GILLES	
<b>POLITIQUE INDIENNE ET LIBERTÉ RELIGIEUSE AU CANADA, 1870-1950 : L'EXEMPLE DES CIMETIÈRES DE BANDE.....</b>	<b>101</b>
Par Claude GÉLINAS Jean-François VACHON	
<b>LE TRAITEMENT DE LA DIVERSITÉ CULTURELLE ET RELIGIEUSE PAR LE CODE CRIMINEL DE 1892 : LES EXEMPLES DE LA POLYGAMIE MORMONE ET DE LA PROSTITUTION DE LA "FEMME SAUVAGE" .....</b>	<b>131</b>
Par Marie-Pierre ROBERT	
<b>LA QUESTION DE L'ÉDUCATION POUR LES MENNONITES DU MANITOBA AU TOURNANT DU XXE SIÈCLE .....</b>	<b>159</b>
Par Raphaël Mathieu LEGAULT LABERGE	
<b>UNE MISE EN SCÈNE NATIONALISTE DE LA LAÏCITÉ EN PORTE-À-FAUX AVEC LA RÉALITÉ DES AMÉNAGEMENTS LAÏQUES .....</b>	<b>183</b>
Par David KOUSSENS	
<b>DROIT ET/OU RELIGION : QUELS CHOIX POUR UN ÉTAT? .....</b>	<b>205</b>
Par Bernard DURAND	

*Page vide laissée intentionnellement.*

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** AVANT-PROPOS

**Auteur(s) :** David Gilles

**Revue :** *RDUS*, 2013, numéro Hors série

**Pages :** 1-8

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :**

**DOI :**

*Page vide laissée intentionnellement.*

## AVANT-PROPOS

Dans les années 1870, le juge Caron, au moment de l'affaire Guibord/Brown<sup>1</sup>, soulevait toute l'ambiguïté, mais aussi tout l'équilibre en devenir des relations entre État et religions dans la genèse du droit canadien :

[il] me paraît extrêmement difficile de poser des règles générales quant à l'étendue et aux limites des deux juridictions, l'ecclésiastique et la civile. [...] Il me paraît arriver si souvent que les sujets à décider sont mêlés de droit religieux et de droit civil que dans une infinité de cas les autorités ecclésiastiques ont besoin de l'intervention des tribunaux civils pour les aider dans l'exécution et l'accomplissement des droits et privilèges qui leur appartiennent incontestablement. Il me paraît donc que la question de juridiction dépend beaucoup des circonstances de chaque cas sans qu'il soit possible, avec avantage, de poser une règle générale<sup>2</sup>.

Ainsi, en 1874, est posé ce qui constitue encore, par certains égards, le cœur de la dynamique entre droit et religion au Canada : le pragmatisme religieux canadien. Marqué dès l'origine par une pluralité de confessions, de sensibilités religieuses, le Canada a su, très tôt, profiter de la mixité religieuse de ses migrants afin d'établir un équilibre institutionnel entre action étatique et respect de la pluralité religieuse. Bien évidemment, cela ne s'est pas fait sans heurts, la neutralité de l'État et la laïcité, tant questionnées en 2013, constituant encore un lieu de friction sociale.

Les mouvements pro et anti « charte de la laïcité » au Québec mettent leurs pas, bien inconsciemment le plus souvent, dans ceux des partisans et des opposants qui, dans la deuxième

- 
1. *Brown v. Curé de Montréal*, 21 novembre 1874, Edmund F. MOORE, William MACPHERSON, Herbert COWELL, *The Law Reports : Cases Heard and Determined by the Judicial Committee and the Lords of Her Majesty's Most Honourable Privy Council*, Council of Law Reporting, London, 1875, p. 177 et svt.
  2. Comme la chose ne me paraît pas nécessaire dans le cas actuel je m'abstiendrai de poser cette règle me réservant de le faire en temps convenable »; Désiré GIROUARD, « State and Church », (1872) 2 *Revue critique de Législation et de Jurisprudence* 1, p. 130.

moitié du 19<sup>e</sup> siècle, se sont confrontés lors de l'affaire Guibord à Montréal. Sans identifier parfaitement, bien évidemment, les deux enjeux, les deux mouvements, les questions de la prééminence du religieux sur le civil, du civil sur le religieux, la difficile conciliation des valeurs religieuses et laïques se trouvent en débat dans ces deux moments où la société se penche sur sa manière de conjuguer ces aspirations à plus de diversité, à plus de tolérance, à plus de clarté dans ses choix.

Or, et c'est l'un des enseignements principaux de ce volume, de cette recherche menée au sein du SoDRUS, l'histoire de cette conciliation, bien loin d'être linéaire ou claire, est au contraire une œuvre impressionniste, faite de points d'ancrage, de zones de couleur plus ou moins marquées, toujours sous l'empire d'un pragmatisme fort. Histoire d'un héritage, la genèse du rapport de l'État canadien au fait religieux résonne comme le rappel permanent de la nécessité d'aborder ces réalités avec une forte neutralité et un certain recul. Les juges, pourtant d'autre part fortement impliqués dans des groupes ou mouvements politiques et religieux, tentent, avec assez de bonheur, de s'extraire des menées partisans afin d'esquisser des solutions juridiques incontestables. Mais si cette œuvre jurisprudentielle est louable, l'État s'étant pour partie déchargé de ses obligations normatives en matière d'ordonnancement du religieux au profit des tribunaux, elle n'en est pas moins exempte d'erreurs ou d'approximations.

Les juges s'égarent parfois sur des frontières qui sont intrinsèquement floues. Ainsi, comme le montre la recherche de Nadia Boutouba et Stéphane Bernatchez, la récente décision de la Cour d'appel du Québec sur la prière et les symboles religieux lors des assemblées publiques du conseil municipal de la ville de Saguenay<sup>3</sup> confond par exemple la place de la religion dans l'espace politique et dans l'espace public. La charge de dessiner les cadres de l'État canadien au regard du religieux a été longtemps réservée aux juges qui ont développés une expertise en la matière.

---

3. *Saguenay (Ville de) c. Mouvement laïque québécois*, [2013] QCCA 936.



Toutefois, on a connu, comme le rappellent les auteurs de cette contribution, une accélération de l'exigence de neutralité dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. De nos jours, « le droit à l'égalité impose à l'État de ne pas adopter de mesures discriminatoires sur la base de la religion, tandis que la liberté de conscience et de religion confère non seulement les libertés positives et négatives d'exercer sa religion – non seulement le droit de croire et de l'exprimer, le droit de manifester ses croyances, le droit ne pas être forcé ou contraint, « directement ou indirectement, d'embrasser une conception religieuse ou d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience », mais aussi l'obligation de neutralité de l'État qui « l'empêche de privilégier ou de défavoriser une religion par rapport aux autres »<sup>4</sup>, ou même de « favoriser les croyances religieuses par rapport aux autres convictions »<sup>5</sup>.

Cette réalisation prend forme relativement tôt dans l'histoire juridique du Canada. Les premières fondations juridiques datent de la Nouvelle-France puis, essentiellement, des premiers textes suivant la Conquête. De prime abord, il existe une posture de rejet de la pluralité religieuse coloniale sous l'impulsion de la monarchie royale française. Toutefois, celle-ci figure comme une posture plus qu'une réalité. En effet, tant au regard du protestantisme qu'au regard des croyances autochtones, la Nouvelle-France vise essentiellement à une unité de façade derrière l'Église catholique, laissant les pratiques divergentes subsister, pour peu qu'elles restent dans l'ombre. Les capitulations de Québec, de Montréal, la Proclamation royale de 1763 et l'Acte de Québec forment le socle de l'agencement entre diversité religieuse et posture étatique. En acceptant l'existence de deux communautés religieuses, ces textes changent le paradigme et ouvrent la voie à la diversité religieuse. Loin d'être neutre, à cette époque, l'État tente d'aménager les croyances et les relations de pouvoir qui en découlent, de sorte à rendre le vivre ensemble possible. Cela se fait dans un État en formation, marqué par une forte dissymétrie religieuse et un nouveau rapport de force.

---

4. José WOEHLING, « La place de la religion dans les écoles publiques du Québec », (2007) *R.J.T.* 651, 657.

5. BOUTOUBA et BERNATCHEZ, dans ce numéro.

Comme le montre la contribution de David Gilles, la question du fait religieux et de l'immixtion des juridictions civiles dans les domaines de compétence partagée devient un véritable enjeu au XIX<sup>e</sup> siècle. La montée en puissance de certains dogmatismes, la confrontation entre gallicanisme, laïcité et ultramontanisme exacerbe les antagonismes que l'État est invité à trancher. Il le fait avec réticence et laisse le fardeau largement aux tribunaux<sup>6</sup>. La très large palette de contentieux divers et de collaborations entre juridictions civiles et communautés religieuses dessine un spectre très ample de l'accommodement avant la lettre, même si certaines affaires, comme celle de Guibord ou l'affaire Plamondon<sup>7</sup> défrayent la chronique. Si les rapports de force évoluent, une tendance s'affirme vers une acceptation, plus ou moins forcée, de l'altérité religieuse ou areligieuse. Les artisans de cette évolution sont, bien évidemment, les membres des communautés, qui saisissent les juridictions civiles, mais aussi les juristes, pour la plupart catholiques ou anglicans, à de rares occasions juifs ou méthodistes.

Mais si le cadre juridique se met en place lentement au XIX<sup>e</sup> siècle face aux communautés religieuses plus urbaines, aucun principe général n'est véritablement affirmé. La création de l'État fédéral et le développement des provinces de l'Ouest oblige l'État canadien et les juridictions étatiques à inventer de nouvelles solutions, à fixer de nouvelles limites face à de nouvelles problématiques. Les contributions de Marie-Pierre Robert, de Claude Gélinas et Jean-François Vachon, et de Raphaël Mathieu Legault-Laberge montrent toute la complexité des réponses juridiques à ces réalités religieuses diverses. Celles-ci sont parfois incompatibles de prime abord avec les choix faits par la société canadienne en formation. L'État semble, dans sa volonté de développer la colonisation du territoire, prendre davantage ses responsabilités, par son action administrative ou normative.

---

6. GILLES dans ce numéro.

7. S. NORMAND, « L'affaire Plamondon : un cas d'antisémitisme à Québec au début du XX<sup>e</sup> siècle », (2007) 48 *Les Cahiers de Droit* 477-50.

Ainsi, antérieurement à la constitution même de l'État canadien selon Claude Gélinas et Jean-François Vachon, l'attitude des fonctionnaires des Affaires indiennes en lien avec la gestion des cimetières de bande, entre 1870 et 1950, tend à confirmer que la volonté d'acculturer et d'émanciper les Indiens, en brimant leur liberté religieuse, n'est pas un facteur primordial de la politique gouvernementale. Le contrôle des dépenses liées à la mise en application de la politique indienne et le souci d'assurer le succès des efforts de colonisation intérieure prime largement. Là aussi, c'est l'attitude pragmatique qui semble dominer. Comme le souligne l'historien David T. McNab cité par Claude Gélinas et Jean-François Vachon : « As they faced the problem of the future of the native peoples, imperial administrators in the 1840's and 1850's espoused pragmatic rather than doctrinaire goals. They aimed at all costs to prevent conflicts between the indigenous inhabitants and white settlers concerning specific issues related to land and labour »<sup>8</sup>. L'étude de la correspondance des Affaires indiennes relative à la gestion des cimetières de bande est un exemple de ce souci de conciliation et les représentants du pouvoir étatique ont toléré la persistance de croyances et de pratiques religieuses traditionnelles indiennes dans le rapport aux défunts. Ils vont même aller jusqu'à les protéger, d'une certaine manière, en entravant en partie le travail des missionnaires et les visées émancipatrices.

La question du droit pénal et criminel, notamment au regard de la prostitution de la « femme sauvage » et de la polygamie mormone est bien évidemment moins tolérante vis-à-vis de l'altérité culturelle. Comme le démontre Marie-Pierre Robert, l'installation des premiers mormons dans l'ouest canadien en 1887 oblige le gouvernement fédéral de John A. MacDonald à prendre position au regard de cette question<sup>9</sup>. La réponse

---

8. David T. McNAB, « Herman Merivale and Colonial Office Indian Policy in the Mid-Nineteenth Century », (1981) 1 (2) *Canadian Journal of Native Studies* 277, 278-279.

9. Howard PALMER, « Polygamy and Progress: The Reaction to Mormons in Canada, 1887-1923 », dans Brigham Young CARD, Herbert C. NORTHCOTT et John E. FOSTER (dir.), *The Mormon Presence in Canada*, chap. 6,

normative, en 1890, vise spécifiquement cette minorité en modifiant la définition de l'infraction de bigamie. L'objectif est d'interdire le fait de se marier simultanément à plus d'une personne à la fois, ce qui est la pratique mormone<sup>10</sup> et de créer une infraction de polygamie en faisant explicitement référence à cette communauté<sup>11</sup>. Les tribunaux canadiens reconnaîtront, à la fin du 19<sup>e</sup> siècle et au début du 20<sup>e</sup> siècle, que l'objectif de la criminalisation de la polygamie était la répression du mormonisme, la référence aux mormons étant supprimée en 1953-1954<sup>12</sup>. Les Indiens sont une autre minorité culturelle explicitement ciblée par le *Code criminel* de 1892, certaines dispositions référant, selon le vocabulaire de l'époque, aux « Sauvages ». S'il n'y a pas de cause judiciaire rapportée quant à l'application de l'art. 190 du *Code criminel* relatif à la prostitution des « femmes sauvages », les Indiennes arrêtées à Vancouver, pour des infractions relatives à la prostitution étaient expulsées et forcées de retourner sur leur réserve. Dans un cas comme dans l'autre, la spécificité culturelle devient un marqueur de stigmatisation orchestré par la norme pénale, les mormons étant associés à la polygamie, les femmes indiennes à la prostitution.

Toujours au tournant du siècle, la question scolaire au Manitoba et l'adaptation du cadre juridique à la réalité mennonite analysée par Raphaël Mathieu Legault-Laberge montre que la norme sait se rendre souple et que, comme dans le cas des indiens, une ouverture dynamique est offerte par les représentants étatiques. Arbitrant dans un premier temps la question scolaire entre protestants et catholiques, l'État manitobain s'oriente rapidement en faveur des premiers avant de s'ouvrir à d'autres pratiques religieuses. L'accord Laurier-Greenway avec le

---

Edmonton, University of Alberta Press, 1990, 108, à la page 27; Sarah CARTER, *The Importance of Being Monogamous: Marriage and Nation Building in Western Canada to 1915*, Edmonton, University of Alberta Press, 2004, p. 43.

10. Canada, *Débats de la Chambre des communes*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 129 (10 avril 1890), p. 3242 (Sir John Thompson).
11. *Acte modifiant de nouveau la loi criminelle*, (1890) 53 Vict., c. 37, art. 11.
12. L.C. 1953-1954, c. 51.

gouvernement fédéral en 1897, constitue un compromis d'ouverture pour les minorités religieuses. Lors de la deuxième phase d'immigration de mennonites au Canada, le gouvernement fédéral a promis aux groupements mennonites originaires majoritairement de Russie qu'il leur serait possible de tenir des écoles séparées où l'allemand serait enseigné aux enfants, malgré la compétence provinciale en matière d'éducation. Si la question scolaire est alors un point chaud des relations entre communautés mennonites, anabaptistes et gouvernement provincial, les Mennonites ont été passablement libres dans la gestion de leurs écoles jusqu'après la Première Guerre mondiale. Toutefois, après cette date, les groupes Mennonites les plus conservateurs envisagent ou choisissent l'émigration face aux mesures restrictives adoptées par le Canada et le Manitoba.

Dépassant cette genèse historique, les réflexions de Bernard Durand et de David Koussens permettent une mise en perspective des concepts et des termes. Abordant de front la notion de laïcité, David Koussens voit dans sa formulation québécoise l'expression d'une conception nationaliste. Selon l'auteur, le droit, après une riche histoire, continue encore aujourd'hui de rendre effectifs les principes aux fondements de la laïcité. En inscrivant le principe même dans une norme juridique, l'État soutiendrait « son identification symbolique »<sup>13</sup>. Malgré le fait qu'au Canada la laïcité n'ait jamais été consacrée dans un texte constitutionnel, si le « terme « laïcité » est encore inconnu du droit positif, les principes constitutifs de la laïcité émergent bien de celui-ci »<sup>14</sup>.

Enfin, Bernard Durand souligne la difficulté à dessiner des « frontières » nouvelles pour les rapports entre État et religion, les sociétés démocratiques se trouvant à la croisée des chemins entre les différents modèles de communautés ou de séparation entre État et religion. Faisant le parallèle entre régime matrimoniaux et relation Église et État, Bernard Durand souligne que « sans obligatoirement nier le sacré, certains systèmes juridiques ont

---

13. KOUSENS dans ce volume.

14. *Id.*

cherché à dresser un inventaire et à fonder le droit sur des principes qui, pour n'être pas moins forts, impriment une moins grande contrainte et offrent une plus souple perméabilité »<sup>15</sup>. Même les États les plus marqués par le sécularisme, notamment en Europe, ont redécouvert de nos jours la nécessité de respecter et de permettre l'épanouissement du fait religieux.

L'État canadien, bien moins avancé dans l'économie de la laïcité et ouvert depuis longtemps à la diversité religieuse, peut figurer comme un palimpseste pragmatique, permettant l'écriture d'une nouvelle page des rapports entre religion et État. Comme le souligne nos contributeurs, l'État canadien a depuis longtemps adopté une politique de tolérance face à la diversité culturelle et religieuse, une tolérance pragmatique et adaptable en fonction des contextes, des populations et des impératifs nationaux. Le point de référence en demeure ce qui est jugé raisonnable, dans le meilleur intérêt de la nation. Malgré les déficiences en matière de symbolique et d'affirmation normative de certains principes ou de cadres généraux, le modèle canadien en formation apporte une grille de lecture originale et progressiste des rapports, toujours sensibles, entre communautés, religions, État et normes.

David Gilles

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke  
Directeur de la Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke  
Chercheur au Centre de recherche Société, Droit et Religions de l'Université de Sherbrooke

Marie-Pierre Robert

Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke  
Codirectrice du Centre de recherche Société, Droit et Religions de l'Université de Sherbrooke

Claude Gélinas

Professeur au Département de philosophie et d'éthique appliquée de l'Université de Sherbrooke  
Codirecteur du Centre de recherche Société, Droit et Religions de l'Université de Sherbrooke

---

15. DURAND, dans ce volume.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** L'ÉTAT ET LA DIVERSITÉ RELIGIEUSE AU CANADA : UNE POSSIBLE  
HISTOIRE DU PRINCIPE DE NEUTRALITÉ DE L'ÉTAT

**Auteur(s) :** Nadia BOUTOUBA  
Stéphane BERNATCHEZ

**Revue :** *RDUS*, 2013, numéro Hors série

**Pages :** 9-48

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10245>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10245>

*Page vide laissée intentionnellement.*



## ARTICLE

---

# L'ÉTAT ET LA DIVERSITÉ RELIGIEUSE AU CANADA : UNE POSSIBLE HISTOIRE DU PRINCIPE DE NEUTRALITÉ DE L'ÉTAT\*

par Nadia BOUTOUBA\*\*  
Stéphane BERNATCHEZ\*\*\*

*Afin d'apporter un éclairage historique aux débats actuels sur la neutralité de l'État, le présent article retrace l'évolution ou, à tout le moins, une évolution possible, du principe de neutralité de l'État en droit constitutionnel canadien. Les auteurs s'intéressent dans la première partie à la période d'après la conquête alors que la paix religieuse était recherchée. La deuxième partie est consacrée à l'examen des privilèges constitutionnels reconnus par le régime fédéral de 1867. La troisième et dernière partie porte sur l'importante remise en cause de tels privilèges en vertu du régime des droits et libertés constitutionnalisés depuis 1982. Malgré la protection constitutionnelle de la liberté de conscience et de religion ainsi que du droit à l'égalité qui constituent les fondements juridiques de la neutralité de l'État, cette dernière demeure encore aujourd'hui un projet inachevé.*

---

*In order to present an historical perspective of the current debate relating to the concept of state neutrality, the writers retrace the evolution or, at least the plausible evolution of this principle in Canadian constitutional law. The first part of the article examines the Post-Conquest period where the primary objective was to ensure religious peace. In the second part, the writers review certain constitutional privileges recognized under the federal regime of 1867. The third and final part of the article deals with the re-evaluation of these privileges in light of certain constitutional rights and freedoms in effect since 1982. Despite constitutional protection of the freedom of conscience and religion as well as of the right to equality, which constitute the legal foundations of the principle of neutrality of the state, the notion of state neutrality must still be considered an unfinished project.*

---

\*. Ce texte a été écrit sur la base du rapport de recherche rédigé par Nadia Boutouba et dirigé par Stéphane Bernatchez : Nadia Boutouba, « La neutralité de l'État et la pluralité religieuse : évolution historique, des origines à nos jours », rapport préparé pour le SoDRUS à l'automne 2011.  
\*\*. Doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Montpellier 1.  
\*\*\*. Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et chercheur au Centre de recherche Société, Droit et Religion de l'Université de Sherbrooke (SoDRUS).

## **SOMMAIRE**

<b>I.</b>	<b>Après la Conquête, la recherche de la paix religieuse .....</b>	<b>14</b>
<b>II.</b>	<b>Les compromis et les privilèges religieux au sein du régime fédéral .....</b>	<b>26</b>
<b>III.</b>	<b>La protection constitutionnelle du principe de neutralité en vertu de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>.....</b>	<b>36</b>
	<b>Brève conclusion d'une longue histoire .....</b>	<b>47</b>

Les débats contemporains sur les rapports entre l'État et la religion continuent de montrer les insuffisantes conceptualisations des principes juridiques et constitutionnels devant servir à assurer la gouvernance d'une société démocratique dans un contexte pluraliste. L'examen de l'évolution historique des rapports entre l'État et la religion paraît d'autant plus pertinent que, « depuis une vingtaine d'années, la question de la place de la religion dans l'espace public – que plusieurs croyaient, à tort, réglée – a commencé à revenir de manière récurrente dans l'actualité québécoise »<sup>1</sup>. Après le débat sur les accommodements raisonnables<sup>2</sup>, qui a culminé avec le rapport Bouchard-Taylor<sup>3</sup>, le Québec se trouve aujourd'hui dans un débat sur la laïcité qui nécessite l'approfondissement de la réflexion.

À elle seule, la récente décision de la Cour d'appel du Québec sur la prière et les symboles religieux aux assemblées publiques du conseil municipal de la ville de Saguenay<sup>4</sup> justifie pleinement la poursuite de l'analyse des concepts juridiques afin non seulement d'éclairer l'état du droit, mais aussi de le faire évoluer. Le jugement de la Cour d'appel confond notamment la

1. Paul EID, « Accommoder la différence religieuse dans les limites du raisonnable : regards croisés du droit et des sciences sociales », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *La justice à l'épreuve de la diversité culturelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 105, à la page 107.
2. Stéphane BERNATCHEZ, « Les enjeux juridiques du débat québécois sur les accommodements raisonnables », (2007) 38 *R.D.U.S.* 233; Stéphane BERNATCHEZ, « Un rapport au droit difficile - La commission Bouchard-Taylor et l'obligation d'accommodement raisonnable », dans *Droits de la personne – Étique et droit : nouveaux défis*, Actes des journées strasbourgeoises 2008, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 69; Stéphane BERNATCHEZ, « Accommodements raisonnables et gouvernance: le rôle du juge, au-delà de l'interprétation et de la création du droit à l'égalité », dans Christian BRUNELLE et Patrick A. MOLINARI (dir.), *Accommodements raisonnables et rôle de l'État : un défi démocratique*, Congrès de l'Institut canadien d'administration de la justice, Québec, 2009, p. 371.
3. COMMISSION DE CONSULTATION SUR LES PRATIQUES D'ACCOMMODEMENT RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, Rapport, coprésidents Gérard BOUCHARD et Charles TAYLOR, 2008.
4. *Saguenay (Ville de) c. Mouvement laïque québécois*, [2013] QCCA 936.

place de la religion dans l'espace politique et dans l'espace public. C'est ainsi, par exemple, que la croix du Mont-Royal sert d'élément pour justifier la récitation de la prière par le maire, le conseil municipal et les principaux fonctionnaires à l'occasion des assemblées publiques du conseil municipal de la ville de Saguenay. Cette confusion entre l'obligation de neutralité impartie à l'État et la préservation de la tradition culturelle et du patrimoine religieux, la Cour d'appel l'appuie sur une notion de neutralité bienveillante qui permet en l'espèce un renversement du respect qui doit être accordé à la liberté de conscience et de religion, c'est-à-dire au profit du maire plutôt que du citoyen qui a porté plainte pour discrimination.

Afin de penser aujourd'hui ce principe de neutralité de l'État dans notre droit, il importe d'en établir la généalogie à travers l'examen de l'histoire constitutionnelle du Canada et du Québec. Le présent texte vise à montrer que, dans notre régime constitutionnel, le principe de neutralité de l'État, qui permet d'organiser la liberté de conscience et de religion ainsi que le droit à l'égalité dans une société marquée par le pluralisme, a connu une évolution lente et progressive et demeure, comme la modernité elle-même, un projet inachevé<sup>5</sup>.

Au Canada et au Québec, alors que la réflexion contemporaine sur les rapports que l'État, que ce soit l'État fédéral ou l'État provincial, entretient avec la diversité religieuse amène, bien évidemment, à invoquer le principe de neutralité de l'État, il n'en fut pas toujours ainsi. En fait, pour comprendre l'émergence, dans la seconde moitié du XXe siècle, et de manière tout à fait progressive, de ce principe de neutralité, il convient d'examiner le rapport historique que l'État canadien a entretenu avec le fait religieux, et ce, depuis la Conquête et la création du régime anglais jusqu'à l'avènement du mouvement de reconnaissance des droits et libertés et du « fait du pluralisme » tel que révélé par la philosophie politique contemporaine –

---

5. Jürgen HABERMAS, « La modernité, un projet inachevé », (1981) 413 *Critiques* 950.

notamment la philosophie de John Rawls<sup>6</sup>. L'hypothèse qu'il est possible d'esquisser sur cette base consiste à penser que le développement du principe de neutralité de l'État traduit d'abord la volonté, au nom du principe d'égalité et du respect de la liberté de conscience et de religion de tous, de marquer une rupture, à l'ère séculière, par rapport à cette instrumentalisation de l'État et ses interventions religieuses dans les institutions politiques, sociales et juridiques. En cette matière, le droit à l'égalité impose à l'État de ne pas adopter de mesures discriminatoires sur la base de la religion, tandis que la liberté de conscience et de religion confère non seulement les libertés positive et négative d'exercer sa religion – non seulement le droit de croire et de l'exprimer, le droit de manifester ses croyances, le droit ne pas être forcé ou contraint, « directement ou indirectement, d'embrasser une conception religieuse ou d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience » –, mais aussi l'obligation de neutralité de l'État qui « l'empêche de privilégier ou de défavoriser une religion par rapport aux autres »<sup>7</sup>, ou même de favoriser les croyances religieuses par rapport aux autres convictions.

Différentes grilles interprétatives sont, bien sûr, envisageables afin de comprendre cette évolution, tant dans ses lenteurs du passé que dans son accélération plus contemporaine vers la neutralité. Parmi les perspectives possibles, il faut bien sûr considérer la piste maintes fois affirmée en histoire constitutionnelle du Canada, et qui fait de ces concessions traditionnellement consenties aux catholiques des moyens « afin d'assurer une stabilité politique propice au maintien du régime anglais »<sup>8</sup>. Suite à la Conquête de 1760 alors que les francophones catholiques formaient la majorité de la population du Canada,

---

6. John RAWLS, *Libéralisme politique*, Paris, PUF, 1995.

7. José WOEHLING, « La place de la religion dans les écoles publiques du Québec », (2007) *R.J.T.* 651, 657.

8. Sébastien LEBEL-GRENIER, « La religion comme véhicule d'affirmation identitaire : un défi à la logique des droits fondamentaux », dans Paul EID, Pierre BOSSET et al. (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, Québec, PUL, 2009, p. 123, à la page 124.

l'Acte de Québec de 1774 leur a en effet accordé certains droits en matières linguistique et religieuse, ce qui peut être compris comme une mesure législative du Parlement britannique visant à préserver l'allégeance des nouveaux sujets britanniques, surtout dans le climat révolutionnaire qui régnait à l'époque dans les colonies américaines.

Dans le présent texte, nous souhaitons reconstruire certaines des étapes les plus significatives de cette évolution vers la neutralité de l'État, ou sa quasi-neutralité. La présentation suivra donc ce fil historique, d'abord (I.) l'évolution préfédérative dans la première partie, la situation durant le régime fédéral en deuxième partie (II.), puis, dans la dernière partie (III.), l'état du droit sous le régime des droits et libertés constitutionnalisés en 1982.

## **I. Après la Conquête, la recherche de la paix religieuse**

Dès les capitulations de Québec du 18 septembre 1759 et de Montréal du 8 septembre 1760, l'importance du fait religieux dans la gestion de la colonie conquise représentait un enjeu important. Les textes des deux capitulations répondaient à des « demandes » relatives au maintien du libre exercice de la religion catholique. En effet, l'article VI de la capitulation de Québec prévoyait « que l'exercice de la religion catholique, Apostolique et Romaine sera conservé : que l'on donnera des sauvegardes aux maisons ecclésiastiques, religieux et religieuses, particulièrement à Monseigneur l'Évêque de Québec, qui, rempli de zèle pour la religion, et de charité pour les peuples de son diocèse, désire y rester constamment, exercer librement et avec la décence que son état et les sacrés ministères de la religion Romaine (...) jusqu'à ce que la possession au Canada ait été décidée par un traité entre sa majesté très-chrétienne et sa majesté Britannique »<sup>9</sup>.

---

9. Siméon PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, Montréal, Éditions C.O. Beauchemin et Valois, 1872, p. 11.

Il en était de même à l'article XXVII de la capitulation de Montréal aux termes duquel « le libre exercice de la religion Catholique, Apostolique et Romaine subsistera en son entier »<sup>10</sup>. Concernant le paiement de la dîme, il était demandé que « ces peuples seront obligés par le gouvernement anglais à payer aux prêtres qui en prendront soin les dîmes et tous les droits qu'ils avaient coutume de payer sous le gouvernement de Sa Majesté très-Chrétienne »<sup>11</sup> et à l'article XXX prévoyant que « Sa Majesté Très-Chrétienne continuerait à nommer l'évêque de la colonie »<sup>12</sup>. À des fins égalitaires comme nous dirions aujourd'hui, parmi les « revendications » figurait l'article XL qui disposait : « les Sauvages ou Indiens alliés de sa Majesté Très-Chrétienne (...) auront, comme les français, la liberté de religion »<sup>13</sup>.

Le 10 février 1763, le traité de paix définitif est signé. Ce traité confirme la concession du pays aux Britanniques et le Canada est appelé « province of Quebec ». Le contenu du texte permet de sceller certains engagements, dont le fait que « Sa Majesté Britannique (...) consent à accorder la liberté de la religion catholique aux habitants du Canada. Elle donnera en conséquence les ordres les plus efficaces pour que ses nouveaux sujets catholiques romains puissent professer le culte de leur religion, selon les rites de l'Église de Rome, autant que les lois d'Angleterre le permettent »<sup>14</sup>.

Dès ce moment, l'exercice de la religion catholique se voit reconnu mais « soumis » au bon vouloir du roi anglais<sup>15</sup>, dont la

---

10. *Id.*

11. *Id.*, p. 11-12.

12. *Id.*, p. 12.

13. *Id.*, p. 13. Néanmoins il semble que ce ne soit qu'une égalité « illusoire », seuls ceux qui s'étaient convertis étaient concernés par cette disposition.

14. À l'article 4 du traité, *id.*, p. 16.

15. À titre d'illustration, après la mort de son évêque en 1760, l'Église catholique devra attendre six ans avant d'être autorisée à sacrer un nouvel évêque. Paul-André LINTEAU, *Histoire du Canada*, 3<sup>ème</sup> édition, France, Presses universitaires de France, 2007, p. 42.

religion était différente<sup>16</sup>, et les termes utilisés laissaient supposer une possible limitation de cette liberté, ce qui fut explicitement indiqué par le secrétaire d'État d'Egremont à Murray lors de sa nomination en tant que gouverneur du Canada :

Bien que le roi, par le 4<sup>ème</sup> article du traité définitif, ait consenti à accorder la liberté de pratiquer la religion catholique aux habitants du Canada et que Sa Majesté n'ait pas la moindre intention d'empêcher Ses nouveaux sujets catholiques romains de pratiquer le culte de leur religion suivant les rites de l'Église romaine, néanmoins, la condition exprimée par le même article ne doit pas être perdue de vue, savoir : en tant que le permettent les lois de la Grande-Bretagne, lesquelles lois n'admettent absolument pas de hiérarchie papale dans aucune possession appartenant à la couronne de la Grande-Bretagne et ne pouvant que tolérer l'exercice de cette religion<sup>17</sup>.

Ainsi, la demande relative à la nomination des évêques par « Sa Majesté Très-Chrétienne » formulée dans l'article XXX fut refusée et le paiement de la dîme dépendait (également) de la volonté du roi alors qu'elle subvenait aux besoins du clergé<sup>18</sup>.

L'intervention du roi pour permettre à la religion catholique d'être exercée librement et pour autoriser le paiement de la dîme a suscité la crainte de la part de la communauté catholique, et ce, d'autant qu'« à cette époque les lois de l'Empire étaient des plus sévères contre les catholiques; il n'y avait pas même d'Évêque catholique dans la Grande-Bretagne, à cause des statuts persécuteurs d'Élisabeth, qui abolissait l'autorité même spirituelle du Pape dans tout le royaume et les colonies, et déclaraient nuls

- 
16. Et qui doit être, dès 1701, obligatoirement de religion anglicane. Gérald-A. BEAUDOIN, « Considérations sur l'influence de la religion en droit public au Canada », (1984) 15 *R.G.D.* 589, 592.
17. Michel BRUNET, Guy FRÉGAULT, Marcel TRUDEL, *Histoire du Canada par les textes*, 2<sup>ème</sup> édition, Montréal, Fides, 1956, p. 103.
18. S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 12.



tout pouvoir et juridiction dérivés de Rome; enseigner ou soutenir cette autorité, constituait, pour la troisième offense, un crime de haute trahison; la seconde conviction entraînait la peine de proemunire : cette peine consistait à perdre la protection du roi, à être emprisonné, et à perdre tous ses biens par confiscation »<sup>19</sup>.

Ce qui était d'autant plus problématique pour la religion catholique est qu'à cette époque, la religion avait une importance capitale pour le roi d'Angleterre tout comme c'était le cas pour le roi de France. Et, il était déclaré que la couronne d'Angleterre « ne dépendant que de Dieu, et n'était soumise qu'à lui seul, et par conséquent, le roi était le Chef suprême de l'Église Anglicane »<sup>20</sup>. Comme a pu l'affirmer l'historien Marcel Trudel : « En Nouvelle-France, toute loi de l'Église devenait une loi de l'État : à partir de 1763, les lois de l'Église catholique romaine ne deviennent plus des lois de l'État; des chapelles catholiques servent aux officiers de l'Église protestante; le Collège des Jésuites, l'unique collège du pays se transforme en casernes. Toute la société française, doit s'ajuster à la présence anglaise »<sup>21</sup>.

Autant dire que la neutralité dans les débuts de la domination anglaise ne faisait pas partie des règles existantes, même implicitement. Bien au contraire, les plus hauts dirigeants avaient des pouvoirs en matière religieuse puisque le Parlement permit à la reine d'abolir ou d'ordonner un rite ou une cérémonie religieuse, de mettre en place des cours ecclésiastiques et d'autoriser toute personne née sujet anglais à exercer une juridiction ecclésiastique. Aussi la religion du roi était privilégiée, ce qui est contraire à la conception de la neutralité selon laquelle la liberté de religion d'un point de vue négatif signifie de ne pas favoriser ou défavoriser une religion. Une université anglaise a même entrepris des démarches de conversion des catholiques. Pour cela, des indications ont été mises en place pour mener à

---

19. *Id.*, p. 17.

20. *Id.*, p. 18.

21. Marcel TRUDEL, « Un Québec qu'on ne voit plus », dans Jacques LEMAIRE (dir.), *La laïcité en Amérique du nord*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 11, à la page 12.

bien cette mission, et ce, sans « violence » telle que « ne jamais parler contre le papisme en public, mais le miner sourdement », « rendre ridicules les cérémonies religieuses qui frappent ce peuple »<sup>22</sup>.

Dans le même sens, le serment du Test est apparu dès 1764. Ce serment comprenait « une abjuration du Pape, une abjuration des descendants de Jacques II, une déclaration contre la transsubstantiation et contre les cultes des saints et de la vierge »<sup>23</sup> et, était obligatoire pour pouvoir accéder à une charge publique. Les catholiques ayant refusé de prêter ce serment se voyaient interdire l'accès à de telles fonctions.

Néanmoins, ces propos peuvent malgré tout être nuancés car « comme les Anglais du pays n'étaient pas tous compétents à remplir les postes de l'administration, Murray et Carlton durent faire appel à quelques Canadiens sans exiger d'eux le serment du Test »<sup>24</sup>. Aussi, malgré les prérogatives attribuées à Sa Majesté, celle-ci n'a jamais créé de cour de juridiction ecclésiastique<sup>25</sup>.

Malgré cette absence de neutralité, dans les faits, la cohabitation entre la religion anglicane et la religion catholique s'est faite sans grande tension<sup>26</sup>, sans trouble effectif<sup>27</sup> à l'exercice

---

22. François-Xavier GARNEAU, *Histoire du Canada depuis sa découverte jusqu'à nos jours*, vol. 2, Montréal, Beauchemin & Valois, 1883, p. 397.

23. Michel BRUNET, Guy FRÉGAULT et Marcel TRUDEL, *Histoire du Canada par les textes*, Montréal, Fides, 1961, p. 109.

24. *Id.*

25. S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 41.

26. Micheline MILOT et José WOEHLING, « Canada », dans Francis MESSNER (dir.), *Dictionnaire Droit des religions*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 2010, p. 125. Selon ces auteurs « la nouvelle gouvernance britannique se doit d'assurer la loyauté des habitants et la stabilité de la colonie conquise et met plutôt en œuvre des aménagements visant des effets d'apaisement social ». Ils ajoutent concernant la proclamation royale de 1763 reconnaissant aux catholiques la liberté de culte que « les gouverneurs sont censés agréer les nominations des curés, mais l'Église romaine conserve une large autonomie. »

de la religion catholique, bien que certaines instructions ou propositions avaient pour objet, selon certains, de bafouer un tel droit<sup>28</sup>. Comme l'affirme Micheline Milot : « Si, après la Conquête britannique, la société canadienne-française se trouve en situation de sujétion politique, on n'y trouve guère de conflits religieux : des limitations sont imposées, les hiérarchies traditionnelles sont ébranlées, mais aucune répression des cultes n'est exercée »<sup>29</sup>. L'une des explications qui peut être apportée est la fidélité des Canadiens français à la couronne anglaise<sup>30</sup>. Celle-ci leur permet d'obtenir une plus grande liberté dans l'exercice de leur religion avec l'Acte de Québec de 1774<sup>31</sup>.

En effet, face à la menace des colonies américaines, cette loi a été adoptée par le Parlement de Westminster, en 1774, et sanctionnée par le roi Georges III le 22 juin 1775<sup>32</sup>. Comme l'indique Sébastien Lebel-Grenier :

rapidement après la conquête anglaise de 1760, des concessions ont dû être consenties aux francophones catholiques afin d'assurer une stabilité politique propice au maintien du régime anglais. De fait l'un des objectifs principaux de l'Acte de Québec est de réhabiliter la religion

---

27. S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 45. « les premières instructions du bureau colonial au gouverneur Murray tendaient à persécuter les catholiques, clergé et habitants, en violation directe des capitulations et du traité. Mais on n'insista jamais sur leur exécution, et bientôt le bureau colonial revint à des idées plus conformes au droit et à la justice ». Il indique aussi (p. 28) que « l'Église a toujours joui en pratique, avant comme depuis l'acte de Québec, de sa liberté jusqu'à ce que, dans la suite des événements, elle parvint à obtenir une reconnaissance définitive... »

28. *Id.*, p. 46.

29. Micheline MILOT, *La laïcité*, Montréal, Novalis, 2008, p. 68.

30. *Id.*

31. Maurice OLLIVER, *Le Canada pays souverain? Le statut de Westminster*, Éditions Albert Lévesque, 1935, pp. 21-22. Selon l'auteur, l'acte de Québec constitue une si grande évolution positive qu'elle a été appelé par certains « la grande charte de nos libertés canadiennes » (p. 21).

32. Antonio PERRAULT, « Religion culture et liberté au Canada », travail présenté à la Semaine sociale de Montréal le 23 septembre 1945, École sociale populaire, 1946, p. 15.

catholique, du moins dans les affaires privées. Il n'en demeure pas moins que dans ce contexte les institutions relevant du clergé, telles que les écoles et les hospices, ont pu se réapproprier un espace public dont elles avaient été largement évincées lors de la conquête<sup>33</sup>.

L'Acte de Québec poursuivait donc, comme l'indiquent aussi très justement Micheline Milot et José Woehrling, « cette visée pacificatrice »<sup>34</sup>. Le droit civil français a été rétabli, mais le droit public anglais a été maintenu, dont le droit criminel. L'article 5 de l'acte prévoyait le prélèvement de la dîme par l'Église catholique : « pour la plus entière sûreté et tranquillité des esprits des habitants de la dite province, il est par ces présentes déclaré, que les sujets de sa Majesté professant la Religion de l'Église de Rome dans ladite province de Québec peuvent avoir, conserver et jouir du libre exercice de la Religion de l'Église de Rome, soumise à la Suprématie du Roi, (...) et que le Clergé de la dite Église peut tenir, recevoir et jouir de ses dus et droits accoutumés eu égard seulement aux personnes qui professent la dite Religion »<sup>35</sup>, mais à condition que le surplus soit utilisé pour l'entretien et le maintien du clergé protestant. De plus, le serment du test établi en 1764 a été aboli comme le montre cet extrait : « qu'aucune personne professant la religion de l'Église de Rome et résidant dans la dite province, ne soit tenue de prêter le serment requis par ledit statut voté dans la première année du règne de la reine Elizabeth, ou tout autre serment qui lui a été substitué par un autre acte »<sup>36</sup>. Il

---

33. S. LEBEL-GRENIER, « La religion comme véhicule d'affirmation identitaire : un défi à la logique des droits fondamentaux », préc., note 8, p. 123 et 124.

34. M. MILOT et J. WOEHLING, « Canada », préc., note 26, p. 125.

35. *Id.* il est intéressant de noter que les « termes sous la suprématie du roi » constituaient une clause limitative de l'exercice ce de droit. Mais par l'intervention du gouverneur Carleton, qui ne tenu pas compte des instructions de son gouvernement, ceci resta lettre morte. Voir M. BRUNET, G. FRÉGAULT et M. TRUDEL, *Histoire du Canada par les textes*, préc., note 23, p. 124.

36. M. BRUNET, G. FRÉGAULT et M. TRUDEL, *Histoire du Canada par les textes*, préc., note 23, p. 119.

est remplacé par un serment de fidélité<sup>37</sup>. À ces différentes manifestations d'« accommodement », l'on peut ajouter l'absence de création de cour ecclésiastique par « Sa Majesté » qui ne considérerait pas cette prérogative « convenable »<sup>38</sup>.

Selon Micheline Milot et José Woehrling, par cette évolution significative, « la liberté de culte acquiert le statut de droit reconnu pour les catholiques, ce qui aura des effets structurants dans la durée »<sup>39</sup>. Effectivement, cette évolution vers une égalité (manifestée par une plus grande reconnaissance des autres religions) et finalement vers une plus grande neutralité de l'État, s'accroît avec la loi constitutionnelle de 1791. En effet, selon le lieutenant-gouverneur de l'époque<sup>40</sup>, « l'objet de cet acte est d'assimiler la constitution de cette province à celle de la Grande-Bretagne [...] Pour cela [...] il faut donner tout le soin possible pour leur assurer (aux habitants français) la jouissance de ces droits civils et religieux qui leur furent garantis par la capitulation de la Province, ou qui leur ont été accordés depuis par l'esprit libéral et éclairé du gouvernement anglais »<sup>41</sup>.

Par cet Acte constitutionnel de 1791, une assemblée législative était mise en place. Selon l'article 2, la province de

---

37. Micheline MILOT, « Laïcité au Canada. Liberté de conscience et exigence d'égalité », (2009) 146 *Archives de sciences sociales des religions* 61 : « l'appartenance religieuse se délie de l'appartenance politique ». Voir aussi S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 40. La constitutionnalité du serment d'allégeance à la Couronne britannique pour devenir citoyen canadien est contestée devant les tribunaux, voir : *Roach c. Canada (Ministre d'État au Multiculturalisme et à la Citoyenneté)*, [1994] 2 C.F. 406; *Roach c. Canada (Attorney General)*, 2009 CanLII 7178 (Ont. S.C.J.).

38. S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 41. Il ajoute que l'on ne retrouvera plus trace d'une telle prérogative dans les statuts constitutionnels qui ont suivi, ce qui manifeste d'autant plus cette évolution vers une plus grande neutralité des plus hauts dirigeants.

39. M. MILOT et J. WOEHRLING, « Canada », préc., note 26, p. 126.

40. Alfred Clarke, le 26 Décembre 1791.

41. S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 69.

Québec était divisée en deux provinces : celle du Haut-Canada et celle du Bas-Canada. Chacune était composée d'un conseil législatif et d'une assemblée législative<sup>42</sup>. La constitution maintenait la liberté de culte. Le clergé conservait le droit à la dîme et aux dus accoutumés. Aussi, l'article XXI, en disposant « pourvu toujours [...] que soient inéligibles et incapables de siéger ou de voter dans l'une ou l'autre assemblée toute personne qui sera membre de l'un desdits conseils législatifs à établir [...] ou toute personne qui sera ministre de l'Église d'Angleterre ou ministre, prêtre, clerc ou professeur, soit suivant les rites de l'Église d'Angleterre ou ministre, prêtre, clerc ou professeur, soit suivant les rites de l'Église de Rome ou suivant toute autre forme ou profession de foi ou de culte religieux [...] »<sup>43</sup>, posait une certaine égalité en ce qu'il rendait inéligibles aux fonctions politiques les membres des clergés catholique et protestant.

Néanmoins, l'égalité n'était pas parfaite en raison du soutien financier apporté au clergé protestant avec ce qui était appelé « les réserves du clergé » ou « rectoreries ». Sur ce point, l'article XXXVI disposait : « Il sera et pourra être loisible à sa Majesté [...] d'autoriser le gouverneur ou le lieutenant-gouverneur ou l'administrateur de chacune desdites provinces respectivement, d'y extraire et d'y tirer des domaines de la couronne, pour l'entretien et le soutien d'un clergé protestant, tels lots et telle réserve de terres justement proportionnés à la quantité de terres qui y ont été en tout temps, concédés, par ou sous l'autorité de Sa Majesté [...] et leur valeur devra égaler d'aussi près qu'on pourra l'estimer à l'époque de cette concession, la septième partie de celle des terres concédées [...] »<sup>44</sup>. On peut donc affirmer que cette période va dans le sens d'une évolution positive vis-à-vis des

---

42. M. BRUNET, G. FRÉGAULT et M. TRUDEL, *Histoire du Canada par les textes*, préc., note 23, p. 129.

43. *Id.*, p. 130

44. *Id.* Voir aussi S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 71.

religions<sup>45</sup>. Cependant, il n'est certainement pas possible d'y voir, dès cette époque, une neutralité claire de l'État sur ce point.

Et pour cause, car d'autres religions n'étaient pas tolérées ou, en tout cas, reconnues à cette période<sup>46</sup>. C'est le cas des protestants dissidents et des Juifs. Concernant les protestants dissidents, ils « étaient donc vus d'un mauvais œil »; alors que « les actes faits par les ministres de ces religions (anglicane et catholique), tels que les baptêmes, mariages, sépultures, consécration de terrains destinés au culte, etc., étaient reconnus et maintenus par les cours [...] la loi ne reconnaissait pas les mêmes actes faits par les ministres dissidents. Les actes qu'ils célébraient n'avaient aucune valeur légale (...) ce ne fut qu'en 1829, qu'on commença à autoriser les ministres dissidents à tenir registres des baptêmes, mariages et sépultures qu'ils feraient (...) mais il n'y eut pas, et il n'existe pas encore en Bas-Canada, de loi générale pour autoriser tous les dissidents à célébrer les mariages et à en tenir registres »<sup>47</sup>. Pour les dissidents du Haut-Canada, il faudra attendre 1847<sup>48</sup>. Il existait également une différence dans l'accès à la liberté de culte entre ceux du Haut et ceux du Bas-

---

45. En ce sens : l'échec des tentatives de remise en cause des libertés octroyées ou encore le rapport d'un comité nommé par les communes anglaises selon lequel « le comité ne peut exprimer trop fortement son opinion que les canadiens de race française ne doivent en aucune manière être troublés dans la jouissance paisible de leur religion, leurs lois et leurs privilèges ». S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 157.

46. *Id.*, p. 258 : « il y avait dans le pays quatre classes bien distinctes de religion : la religion, catholique, dont la liberté était garantie par les capitulations et le traité, la religion anglicane, que le gouvernement voulait, à l'origine, établir religion d'État; les protestants dissidents, plus ou moins mal vus et aux actes desquels les légistes anglais ne voulaient reconnaître aucun effet civil; enfin les juifs, encore plus maltraités, à qui l'on refusait même la jouissance de plusieurs droits civils ».

47. S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 163-164.

48. *Id.*, p. 240. Cette loi indique également que les ministres de toutes les dénominations religieuses du Haute-Canada pourront célébrer des mariages. Aussi en 1857 elle confirme cela en ne prenant pas en compte les demandes faites par certains ministres de certaines dénominations souhaitant des privilèges « d'un caractère partial et blessant ».

Canada. En 1830, une loi permettait notamment aux congrégations religieuses et sociétés de chrétiens de posséder des immeubles pour l'exercice de leur culte et s'appliquait aux dissidents du Bas-Canada<sup>49</sup>. Pour ceux du Haut-Canada, il faudra attendre 1845<sup>50</sup>, donc après l'union des deux provinces, pour obtenir un droit similaire<sup>51</sup>.

Concernant les Juifs, dès 1830, leur situation connut une certaine évolution en la matière. Tout d'abord, une loi accorda aux Juifs des registres authentiques et leur permit de posséder des édifices pour le culte et des cimetières. En 1831, les droits civils et politiques des sujets anglais leur sont reconnus<sup>52</sup>.

En 1840, l'acte d'Union entre le Haut et le Bas-Canada, qui était réclamée par les Britanniques, est adopté par le Parlement de Westminster<sup>53</sup>. Parmi les articles les plus importants, l'on retrouve ceux relatifs à la reconnaissance de l'anglais comme seule langue officielle ainsi que l'article XLII selon lequel le conseil législatif ainsi que l'assemblée législative ne peuvent adopter « aucuns Bill ou Bills contenant aucunes dispositions qui pourront en aucune manière affecter ou avoir rapport à la jouissance ou exercice d'aucune espèce de culte religieux, ou qui imposeraient aucunes pénalités ou disqualification, par rapport à tel culte... »<sup>54</sup>, ce qui rendait plus grande la protection des cultes.

Cette évolution progressive va se poursuivre car, peu à peu, l'Église anglicane et l'État vont se détacher afin que la première vive de manière identique aux autres religions, ce qui rendra plus visible la neutralité, préalable nécessaire à la liberté de religion et à l'égalité des cultes dont l'existence réelle est de plus en plus

---

49. *Id.*, p. 169.

50. La première démarche en ce sens date de 1841, mais sera abandonnée à plusieurs reprises.

51. S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 237-239.

52. *Id.*, p. 169.

53. M. BRUNET, G. FRÉGAULT et M. TRUDEL, *Histoire du Canada par les textes*, préc., note 23, p. 141.

54. M. MILOT et J. WOEHLING, « Canada », préc., note 26, p. 126.



perceptible à travers les modifications constitutionnelles. En 1851, une loi sur la liberté des cultes est adoptée et condamne les restrictions apportées au libre exercice du culte. De plus, elle « abolit la distinction et la préférence accordées à l'Église d'Angleterre et d'Irlande qui réclamait le libre exercice de ses droits et régie interne [...] »; « c'est à partir de ce moment que l'égalité devient réellement un principe fondamental du droit public »<sup>55</sup>. La même année<sup>56</sup>, les « rectoreries » sont supprimées. Nous citons un extrait de la loi :

Acte pour abroger cette partie du parlement [...] attendu que l'admission de l'égalité, aux yeux de la loi, de toutes les dénominations religieuses est un principe reconnu de la législation coloniale [...] que le libre exercice et la jouissance de la profession et du culte religieux, sans distinction, ni préférence, [...] sont permis... » (les limites étant le respect de l'ordre public bien que cette notion n'était pas exprimée ainsi) « et attendu que les dispositions de l'acte du parlement impérial de Grande-Bretagne [...] par lequel le gouverneur de cette province est investi du droit d'ériger des cures ou rectoreries dans cette province, conformément à l'établissement de l'Église d'Angleterre [...] ont fait naître des doutes et des appréhensions qu'il est à désirer de faire disparaître par la révocation d'icelles [...] qu'il soit statué, que les trente-huitième, trente-neuvième et quarantième sections du dit acte seront et sont par le présent acte révoqués, et qu'à l'avenir aucunes lettres patentes ne seront émises dans cette province par la Couronne pour l'érection d'une cure ou rectorerie, ou pour la dotation d'icelle à même les réserves du clergé ou le domaine public, ou pour la nomination d'aucun titulaire ou ministre à aucune des dites cures ou rectoreries<sup>57</sup>.

Cette loi vient de nouveau manifester clairement la volonté de supprimer les privilèges accordés auparavant à l'Église

---

55. *Id.*

56. La loi date 1851, mais la sanction royale ne sera donnée que le 15 mai 1852 et la loi proclamée dans la Gazette du Canada le 1<sup>er</sup> juin 1852.

57. S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 228-229.

anglicane et agrandit la séparation entre cette dernière et l'État. Cette distance sera d'autant plus significative avec la déclaration faite par la législature en 1854 à propos des réserves du clergé : « attendu qu'il est désirable de faire disparaître toute apparence d'union entre l'Église et l'État, et de disposer entièrement et finalement de toutes matières, réclamations et intérêts provenant des réserves du clergé, par une distribution aussi prompte que possible des revenus dits réserves [...] »<sup>58</sup>, ce qui achève la consécration de l'égalité des cultes. Cette indépendance est d'autant plus marquée par l'abandon par l'État, au bénéfice de l'assemblée ecclésiastique, des pouvoirs qu'il avait sur elle, comme en témoigne cet extrait : « les évêques [...] peuvent s'assembler dans leurs différents diocèses [...] et de la manière et suivant les formes de procédure qu'ils adoptent [...] peuvent se réunir par tels représentants qui seront choisis et élus par eux dans les différents diocèses »<sup>59</sup>.

## **II. Les compromis et les privilèges religieux au sein du régime fédéral**

En 1867, un nouveau régime constitutionnel voit le jour<sup>60</sup>. Selon Micheline Milot et José Woehrling, cette constitution « repose implicitement sur les principes fondamentaux de la neutralité et de la séparation »<sup>61</sup>, et ce, pour différentes raisons. Tout d'abord, il n'est fait aucune mention d'un être suprême ou d'une protection expresse de la liberté de religion. Les cultes ne bénéficient pas d'aide de l'État pour leur entretien<sup>62</sup>. Selon l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>63</sup>, la législation en vigueur

---

58. *Id.*, p. 230.

59. *Id.*, p. 231.

60. Pour une étude plus complète des différents régimes constitutionnels, dont celui établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*, voir Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les Constitutions du Canada et du Québec, du régime français à nos jours*, t.1 – études, Montréal, Thémis, 1994.

61. M. MILOT et J. WOEHLING, « Canada », préc., note 26, p. 127.

62. Jocelyn MACLURE et Charles TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, Boréal, 2010, p. 71.

63. À l'origine: *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

est maintenue, ce qui ne modifie donc pas la situation à l'égard de l'égalité des cultes.

Toutefois, l'article 93 de cette *Loi constitutionnelle de 1867* accorde des privilèges confessionnels en matière d'éducation aux catholiques et aux protestants. Ces privilèges constituent, en quelque sorte, des compromis historiques à la base du régime constitutionnel<sup>64</sup>. En ce qui concerne le Québec, il faudra attendre la *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)* afin que soient abolis ces privilèges et que les commissions scolaires confessionnelles du régime public d'éducation soient remplacées par des commissions linguistiques. Nous y reviendrons plus loin.

Au-delà des textes, les décisions rendues en contradiction avec les prétentions de l'Église sont d'autant plus les signes, d'une part, d'une séparation entre l'Église et l'État mais aussi, d'autre part, d'une absence d'emprise du pouvoir temporel par l'Église. À cet égard, il faut ici reconnaître le rôle joué par les tribunaux dans cette évolution, à travers la reconnaissance d'une protection implicite des droits et libertés.

Ainsi, dans l'affaire Guibord<sup>65</sup>, par exemple, il s'agissait d'un homme, Joseph Guibord, imprimeur et membre de l'Institut canadien, lequel a été déclaré interdit par un évêque, l'évêque Bourget, avec l'appui de Rome, puisqu'il considérait cet institut comme une menace pour la foi des Canadiens français. Lors de la mort de monsieur Guibord, l'évêque refusa qu'il soit inhumé dans un cimetière catholique. L'affaire fut judiciairisée et, finalement, le comité judiciaire du Conseil privé renversa la décision. Après

---

64. Avec l'article 133 qui institue un bilinguisme pour les institutions et les lois fédérales et québécoises : *Québec (Procureur général) c. Blaikie et autres*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Ontario (Procureur général) c. SEFPO*, [1987] 2 R.C.S. 2.

65. Privy Council, « Judgement of the Lords of the Judicial Committee on the Appeal of Dame Henriette Brown vs Les Curé et Marguilliers de l'oeuvre et Fabrique de Notre-Dame de Montréal, from Canada; delivered 21st November, 1874 », dans *History of the Guibord Case : Ultramontanism versus Law and Human Rights*. Montréal, Witness Printing House, 1875, p. 29, à la page 55.

qu'une première tentative eut échoué, sa dépouille fut finalement transportée, sous escorte militaire armée afin de contenir les catholiques indignés, et enterrée dans un cimetière catholique le 16 novembre 1875<sup>66</sup>.

Nous pouvons également citer la décision *Delpit-Côté* de 1901 dans laquelle la Cour supérieure du Québec a fait du mariage un lien civil avant tout, ou encore la remise en cause par une loi au Québec de l'influence induite des curés lors des élections en 1875<sup>67</sup>.

De plus, au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle, plusieurs arrêts ont été rendus par la Cour suprême où il était notamment question de la liberté de religion. Ceux-ci vont dans le sens d'une plus grande affirmation de cette liberté (bien qu'elle ne faisait l'objet d'aucune protection constitutionnelle expresse à cette époque). Dans l'arrêt *Saumur*, la question était de savoir si les témoins de Jéhovah devaient obtenir l'accord du chef de police afin de distribuer des « tracts » à caractère religieux, tel que l'exigeait un règlement municipal. Ce dernier fut reconnu inapplicable en raison, principalement, d'une loi du Canada-Uni de 1851, la loi sur la liberté des cultes<sup>68</sup>. Le Juge Rand indique même que la liberté de religion a été reconnue dès 1760 comme un principe de droit fondamental<sup>69</sup>. Dans l'arrêt *Chaput c. Romain*, où la Cour avait reconnu la responsabilité civile de trois policiers s'étant introduits dans une maison alors qu'un service religieux y était célébré, le juge Taschereau indiquait que « dans notre pays, il n'existe pas de religion d'État (...) toutes les religions sont sur un pied d'égalité (...) il est désolant qu'une majorité puisse imposer ses vues à une

---

66. L'évêque a tout de même désacralisé par la suite le lot où reposait Joseph Guibord.

67. J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, préc., note 62, p. 71.

68. Gérald-A. BEAUDOIN, « Considérations sur l'influence de la religion en droit public du Canada », (1984) 15 R.G.D. 589, 597.

69. *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299. Concernant le juge Rand, voir p. 327.

minorité »<sup>70</sup>. Dans l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*<sup>71</sup>, le premier ministre du Québec a été condamné à des dommages et intérêts en raison de l'ordre (sans justification légale) qu'il avait donné d'annuler le permis de vente de boissons d'un restaurateur qui versait des cautions pour la remise en liberté de témoins de Jéhovah qui se faisaient arrêter dans l'exercice de leur pratique religieuse.

Néanmoins, malgré le fait qu'il n'y ait plus de religion d'État, on peut encore relever à cette période des cas de différences de traitement à l'égard de certaines religions qui constituent autant d'accrocs au principe de neutralité de l'État. Parmi les exemples possibles, trois seront vus successivement pour illustrer les limites à la neutralité en des domaines distincts.

Le premier concerne l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui traite des écoles confessionnelles. Cet article apporte une protection constitutionnelle en matière d'éducation aux minorités catholiques et protestantes. Celui-ci se compose de quatre paragraphes dont le second dispose: « tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés et imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'union, aux écoles séparées et aux syndics d'écoles des sujets catholiques romains de Sa Majesté, seront et sont par la présente étendue aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec » et en son troisième paragraphe : « Dans toute province ou un système d'écoles séparées ou dissidentes existera par la loi, lors de l'union, ou sera subséquentement établi par la législature de la province il pourra être interjeté appel au gouverneur-général en conseil de toute loi ou décision d'aucune autorité provinciale affectant aucun des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de Sa Majesté relativement à l'éducation »<sup>72</sup>.

---

70. *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S 834. Citation du juge Taschereau à la p. 840.

71. *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S.121.

72. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

Comme l'indique Sébastien Lebel-Grenier, « cet enchâssement indirect dans la constitution de compétences relatives à la religion représente, par le fait même, une appréhension par le droit du fait religieux »<sup>73</sup>. De nombreuses décisions, dès 1890, traitent de cette garantie enchâssée dans la constitution de 1867<sup>74</sup>. Comme le rapporte Beaudoin, « la cour avait établi qu'en 1867 le droit des protestants et des catholiques romains de diriger et de contrôler leurs propres écoles confessionnelles était reconnu par la loi. En matière de financement, la loi conférait, entre autres, aux commissaires et aux syndicats d'écoles le droit de recevoir des subventions sur une base proportionnelle et le droit de prélever des taxes auprès de leurs administrés dans les limites de leurs « municipalités respectives »<sup>75</sup>.

Pour illustrer l'impact de la limitation faite à la neutralité de l'État par l'article 93, la situation au Québec sera étudiée ici. En 1867, presque toutes les écoles publiques étaient confessionnelles. Concernant le Québec il est intéressant de noter que ce privilège en matière d'éducation était doublé d'un autre privilège pour les catholiques et les protestants de Montréal et Québec, car ce droit garanti à des écoles confessionnelles était possible, et ce, peu importe qu'ils soient ou non majoritaires – contrairement aux autres villes de la province qui bénéficiaient de ce droit uniquement dans les situations où ils étaient minoritaires, appelé droit à la « dissidence »<sup>76</sup>. Ce n'est que près d'un siècle plus tard

---

73. S. LEBEL-GRENIER, « La religion comme véhicule d'affirmation identitaire : un défi à la logique des droits fondamentaux », préc., note 8, p. 125-126.

74. *City of Winnipeg c. Barrett*, [1892] A.C. 445; *Brophy c. Attorney General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*, [1917] A.C. 62; *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny c. The King*, [1928] A.C. 363; *Hirsch c. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200.

75. Gérald A. BEAUDOIN, « La situation au Canada », dans *Autonomies locales, intégrité territoriale et protection des minorités*, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, p. 95, à la page 100.

76. Jean-Pierre PROULX et José WOEHRLING, « La restructuration du système scolaire québécois et la modification de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 », (1997) 31 *R.J.T* 399.

que les débats sur cette question ont surgi, l'Église ayant toujours voulu garder le monopole dans le domaine de l'éducation. Tout d'abord, cela s'est fait par l'adoption d'une loi en 1963 instituant le ministère de l'éducation et le conseil de l'éducation qui prévoyait que « l'éducation publique, largement sous la gouverne des Églises depuis plus d'un siècle, passerait sous la juridiction étatique par la création d'un ministère de l'Éducation »<sup>77</sup>. Cela ne s'est pas fait sans tension et même opposition de la part de l'Église, et plus particulièrement des évêques qui avaient d'abord réussi à faire retirer le projet de loi le 8 juillet 1960. Après des concertations, le projet de loi a été redéposé six mois plus tard<sup>78</sup> et la « biconfessionnalité » était clairement présente puisque :

les deux confessions se trouvaient intégrées administrativement à la structure de l'État jusqu'à ses plus hauts niveaux, dont le Conseil supérieur de l'éducation. Deux comités confessionnels étaient rattachés à ce conseil : un comité catholique (dont les membres étaient tous nommés ou agréés par les évêques) et un comité protestant. Ces deux comités exerçaient une fonction normative sur les décisions gouvernementales en matière de reconnaissance des écoles catholiques et protestantes, de définition et d'élaboration des programmes d'enseignement religieux de même que pour la qualification des maîtres pour l'enseignement de cette matière (...) deux sous-ministres, l'un de foi catholique et l'autre de foi protestante, étaient prévus par la loi comme membres d'office de l'appareil du ministère de l'Éducation<sup>79</sup>.

L'enseignement religieux catholique dans les écoles catholiques était obligatoire avec exemption possible<sup>80</sup>, il sera toutefois remplacé quelques décennies plus tard, en 1990, par la

---

77. Micheline MILOT, « La transformation des rapports entre l'État et l'Église au Québec », (2001) XXIX *Éducation et francophonie*, p. 93, en ligne : <www.acelf.ca>, (consulté le 5 septembre 2013).

78. Qui a prévalu jusqu'en juin 2000.

79. *Id.*, pp. 93-94.

80. *Id.*, p. 94. Milot précise que le comité catholique n'a jamais reconnu que cela pouvait être discriminatoire.

possibilité faite aux parents de choisir entre l'enseignement catholique ou l'enseignement moral. Comme l'indique très justement Micheline Milot : « Dans ces conditions, même si l'action politique générale de l'État pouvait être considérée comme tacitement neutre, cette neutralité n'était évidemment pas appliquée dans le domaine scolaire »<sup>81</sup>. Tout cela va mener à des débats sur la déconfectionnalisation dans les années 1990 qui aboutiront en 1997, lors de la modification constitutionnelle apportée à l'article 93 (par l'ajout d'un nouvel article 93.1 dans la *Loi constitutionnelle de 1867*) : cette modification marquera le passage de commissions scolaires confessionnelles à linguistiques. Au surplus, en 2005 sera annoncée la suppression, à compter de 2008, de l'enseignement religieux confessionnel et son remplacement par un cours d'éthique et de culture religieuse. Ce nouveau cours fera à son tour l'objet de litiges judiciaires. D'une part, des parents catholiques se rendront jusqu'en Cour suprême dans le but que leurs enfants soient exemptés de ce nouveau cours<sup>82</sup>. Ils n'obtiendront pas gain de cause. D'autre part, la cause d'une institution privée d'enseignement souhaitant être exemptée d'offrir ce cours sera sous peu entendue par la Cour suprême du Canada.

La deuxième illustration concernant les limites à l'évolution dans la neutralité de l'État est la loi fédérale sur les Indiens de 1876, bien que ce propos puisse être nuancé. Dans les faits, à cette date, le gouvernement canadien met en place cette loi qui ne comportait pas d'article destiné à interdire la pratique de rituels ayant une signification religieuse. Néanmoins, en 1884, le gouvernement interdit de manière expresse de telles pratiques par l'intermédiaire d'un amendement intégré à la loi de 1876 dont voici l'extrait :

Every Indian or other person who engages in or assists in celebrating the Indian festival known as the « Potlach » or in the Indian danse known as the « tamanawas » is guilty of a misdemeanor, and shall be liable to imprisonment for

---

81. *Id.*

82. *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235.



a term of not more than six nor less than two months in any goal or other place of confinement; and any Indian or other person who encourages, either directly or indirectly, an Indian or Indians to get up such a festival or dance, or to celebrate the same, or who shall assist in the celebration of the same is guilty of a like offence, and shall be liable to the same punishment<sup>83</sup>.

Les difficultés à appréhender la signification de ces rituels ont entraîné l'adoption d'un nouvel amendement en 1885 modifiant celui de 1884. En 1914, un autre amendement interdit la participation à des danses « ou autres formes de festivités en dehors de leurs réserves »<sup>84</sup>. Le durcissement est d'autant plus significatif avec un nouvel amendement en date de 1918 permettant aux agents de punir l'inobservation des interdictions posées. Ce n'est qu'en 1951 que seront supprimées ces interdictions bien que, dès 1932, la répression de ces pratiques ne se faisait plus<sup>85</sup>. Cette loi a donc apporté des restrictions à l'exercice de la religion pour les Autochtones, le but recherché dans une telle démarche étant leur assimilation.

Selon Achiel Peelman, « cette loi est une des pires espèces de législation coloniale de l'époque contemporaine. Elle a été longtemps une source d'oppression politique, culturelle et religieuse (...) La loi sur les Indiens visera à transformer tous les aspects de la vie des Amérindiens afin de les intégrer à la société canadienne »<sup>86</sup>. Il ajoute qu'en 1969, un projet de publication d'un livre blanc sur la politique indienne avait pour objectif d'assimiler de manière définitive les Autochtones. Pour lui, cette loi sur les

---

83. *Indian Advancement Act*, S.C. 1884, c. 28, art. 3; Claude GÉLINAS, « L'État canadien et la répression des pratiques religieuses autochtones, 1884-1932 », dans Lorraine DESROCHER et al. (dir.), *L'État canadien et la diversité culturelle et religieuse, 1800-1914*, Québec, SoDRUS/Presses de l'Université du Québec, 2009, p. 93, à la page 101.

84. *Id.*, p. 102

85. *Id.*, p. 102 et 103.

86. Achiel PEELMAN, *L'esprit est Amérindien (Quand la religion amérindienne rencontre le christianisme)*, Montréal, Médiaspaul, 2004. Voir aussi C. GÉLINAS, « L'État canadien et la répression des pratiques religieuses autochtones, 1884-1932 », préc., note 83, p. 103-104.

Indiens « demeure une des premières misères humaines » de ces communautés<sup>87</sup>.

Or, comme l'indique Claude Gélinas, « lorsque l'on s'attarde au contexte historique dans lequel ces différentes mesures législatives ont été adoptées (...) des considérations beaucoup plus pragmatiques que la seule volonté idéologique de faire disparaître les cultures traditionnelles autochtones semblaient prévaloir »<sup>88</sup>. Concernant la danse tamanawas (et la danse du soleil<sup>89</sup>), celle-ci était accompagnée d'auto-mutilations qui étaient « répugnants aux yeux des missionnaires et des autorités politiques de l'époque »<sup>90</sup>. L'interdiction du potlach était justifiée par des considérations plus économiques. En effet, la distribution de présents ayant de grandes valeurs et de nourriture en quantité considérable avait des conséquences financières importantes puisque ces populations étaient par la suite subventionnées par le gouvernement<sup>91</sup>. Ces arguments permettent ainsi de nuancer le propos selon lequel la loi tendait à supprimer l'existence des pratiques de ces communautés.

Une troisième illustration d'accroc au principe de neutralité est la loi sur le dimanche. Celle-ci date d'une législation anglaise et comme indiqué dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, « sur le plan historique, il semble peu douteux que la législation anglaise relative au dimanche a été adoptée à des fins religieuses. Depuis le tout début, l'exhortation morale du Quatrième commandement (Exode 20: 8 à 11) "Souviens-toi du jour du repos, pour le sanctifier" est devenue de plus en plus un impératif législatif »<sup>92</sup>. Depuis, de nombreuses lois avaient été adoptées afin d'obliger les personnes à observer le dimanche. Cette obligation interdisait

---

87. *Id.*, p. 18-20. Voir aussi C. GÉLINAS, « L'État canadien et la répression des pratiques religieuses autochtones, 1884-1932 », préc., note 83, p. 103-104.

88. C. GÉLINAS, *id.*

89. *Id.*, p. 108-109.

90. *Id.*, p. 104-105.

91. *Id.*, p. 107.

92. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S 295, par. 51.

donc aux personnes de religion différente ou n'ayant pas de religion d'exercer une activité (commerciale). Dans l'arrêt *Rosetanni*, les prévenus avaient été accusés d'avoir exercé une activité, le commerce de quilles. Selon le juge Ritchie, la liberté de religion énoncée dans la *Déclaration canadienne des droits*<sup>93</sup> de 1960 ne comprend pas le droit pour un individu de travailler le dimanche, et ce, même si le jour de sabbat est situé un autre jour. De ce fait, une personne qui observe un jour de repos correspondant à sa religion, se voyait contrainte de respecter un autre jour de repos, ce qui pouvait avoir des répercussions financières pour son activité. La Cour suprême conclut que l'article 4 de la loi sur le dimanche ne violait pas le principe de « liberté de religion »<sup>94</sup>. Il est intéressant de constater que cette décision a été rendue sur la base de la *Déclaration canadienne des droits* de 1960, qui comprenait dans son préambule, contrairement aux précédents textes examinés, la référence à Dieu en indiquant que « Le Parlement du Canada proclame que la nation canadienne repose sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu »<sup>95</sup>. Malgré une formulation quelque peu différente (« Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la primauté du droit et la suprématie de Dieu »), la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>96</sup> contient également en son préambule un énoncé contraire au principe de neutralité, du moins à l'égard de la liberté de conscience des non-croyants, athées ou agnostiques. Malgré cette référence, la Cour suprême invalidera, dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, la loi sur le dimanche, au motif qu'elle avait un objet religieux.

---

93. *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44.

94. *Robertson and Rosetanni c. R.*, [1963] R.C.S. 651.

95. *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44.

96. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

### **III. La protection constitutionnelle du principe de neutralité en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés***

1982 constitue une année importante pour le Canada en raison du rapatriement de la constitution et de la modification que représentent les ajouts de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Charte protège expressément certains droits dont les libertés de conscience et de religion en son article 2 qui dispose : « chacun a les libertés fondamentales suivantes : a) la liberté de conscience et de religion... ». Cet article est précédé de l'article 1 selon lequel les droits et libertés qui y sont énoncés dans la Charte canadienne peuvent être restreints par une règle de droit, « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

Avant cette reconnaissance constitutionnelle, la liberté de religion a été au fil de l'histoire progressivement reconnue judiciairement, mais non par les textes. C'est ce qui a été fait dans certaines décisions et notamment dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, qui déclare invalide la loi fédérale sur le dimanche et rend une décision plus en conformité avec l'évolution de la société canadienne marquée par le multiculturalisme. Dans les faits, *Big M Drug Mart* avait été accusé de vendre des marchandises de manière illégale en contravention à la loi sur le dimanche. La Cour suprême du Canada devait notamment se prononcer sur la question de savoir si l'article 4 de cette loi<sup>97</sup> portait atteinte à la liberté de religion garantie par la charte et dans l'affirmative si cette limitation était justifiée au regard de l'article 1 de la *Charte*.

---

97. Selon l'article 4 : « Sauf les dispositions de la présente loi et les dispositions des lois provinciales en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1907 ou après cette date, nul ne peut légalement le dimanche, vendre, offrir en vente ou acheter des marchandises, des effets, ou autres biens meubles ou des immeubles, exercer ou poursuivre une besogne de son état ordinaire ou quelque besogne accessoire de cet état, ou, pour quelque gain, exécuter, au cours de cette journée, un travail, une besogne ou un ouvrage, ou y employer une autre personne. »

La Cour a considéré que l'objet de la loi n'était pas laïque mais bien religieux et, par conséquent, qu'en obligeant à respecter une telle loi, une forme de coercition était présente puisque :

le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'état ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la Charte est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience<sup>98</sup>.

De ce fait, en obligeant le respect d'une loi dont l'objet est religieux, une forme de contrainte s'exerce à l'égard des croyants d'autres religions ou de ceux qui n'en ont pas, et paraît, en conséquence, discriminatoire à leur égard. Ainsi, il a été considéré dans l'arrêt que la loi poursuivait un objectif religieux qui ne

---

98. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 92, par. 94-95.

pouvait satisfaire au critère de l'objectif développé en vertu de l'article premier : un objectif religieux ne peut constituer un objectif suffisamment important dans une société libre et démocratique. À la liberté de religion s'ajoute la prise en compte de la pluralité religieuse, notamment par la mention de la disposition interprétative de l'article 27 qui reconnaît le fait multiculturel<sup>99</sup>.

Dans l'arrêt *Multani*<sup>100</sup>, un jeune garçon sikh s'est vu autoriser le port d'un kirpan dans un établissement scolaire (alors que le port d'une arme pouvait être interdit par les autorités scolaires), car une telle interdiction aurait été contraire à sa liberté de religion. Il faut préciser que la Cour suprême a tout de même reconnu que les autorités scolaires peuvent l'assujettir à certaines limites raisonnables afin d'assurer la sécurité. Comme l'a fait observer le professeur Sébastien Grammond, le kirpan ne pouvait plus dès lors être utilisé comme arme<sup>101</sup>. Dans l'arrêt *Amselem*<sup>102</sup>, alors que des copropriétaires avaient signé un règlement interdisant de « fermer (...) faire des constructions de quelque nature que ce soit sur les balcons de l'immeuble... »<sup>103</sup>, la Cour suprême dans un arrêt de 2004 a considéré que les copropriétaires pouvaient ériger une souccah sur leur balcon respectif en prenant en compte la croyance sincère. Outre qu'il manifeste le fait que les juges entretiennent des conceptions différentes de la religion elle-même<sup>104</sup>, cet arrêt montre que les juges s'imposent à eux-mêmes une certaine neutralité puisque, pour éviter de s'ériger en arbitres des dogmes religieux en

---

99. L'article 27 prévoit que : « Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. »

100. *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256.

101. Sébastien GRAMMOND, « Conceptions canadienne et québécoise des droits fondamentaux et de la religion: convergence ou conflit? », (2009) 43 *R.J.T.* 83, 94.

102. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

103. *Id.*, par. 9.

104. S. GRAMMOND, « Conceptions canadienne et québécoise des droits fondamentaux et de la religion: convergence ou conflit? », préc., note 101.

interprétant le contenu des prescriptions religieuses, ils se « limitent » à juger de la sincérité de l'individu<sup>105</sup>. Ainsi, depuis l'arrêt *Amselem*, le test de l'atteinte à la liberté de religion s'est assoupli<sup>106</sup>, comme l'a rappelé la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Hutterian Brethren of Wilson Colony*<sup>107</sup>. Sur cette base, pour établir qu'une mesure contrevient à la liberté de religion, il suffit de démontrer que « (1) le plaignant entretient une croyance ou se livre à une pratique sincères ayant un lien avec la religion; et que (2) la mesure contestée nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à la capacité du plaignant de se conformer à ses croyances religieuses. Une atteinte « négligeable ou insignifiante » est une atteinte qui ne menace pas véritablement une croyance ou un comportement religieux »<sup>108</sup>.

Parallèlement à l'affirmation de la liberté de religion, la neutralité de l'État s'est également développée. Malgré cette évolution significative de la neutralité de l'État, cette dernière demeure imparfaite. Différents exemples de cette non-neutralité

---

105. Ce qui risque de faciliter l'obtention d'accommodements. Néanmoins, il semble selon José WOEHLING, « Quand la Cour suprême s'applique à restreindre la portée de la liberté de religion : l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, (2009) », (2011) 45 R.J.T. 7 que le récent arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Company*, [2009] 2 R.C.S. 567, relatif au refus d'huttérites de fournir des photographies pour l'établissement de leur permis de conduire en invoquant la liberté de religion semble apporter une solution à un tel problème en « déplaçant la difficulté que doivent franchir les plaignants qui invoquent cette liberté pour obtenir un accommodement », ce qui tend à restreindre la portée de leur liberté de religion. Cette difficulté est double : d'une part, il s'agit de rendre plus exigeante la démonstration de l'existence d'une atteinte à la liberté de religion et, d'autre part, de rendre plus facile la démonstration de la justification de l'atteinte.

106. Pour une relecture de l'approche dégagée par la Cour suprême dans l'arrêt *Amselem*, qui insiste sur le fait que seules sont protégées les croyances, convictions et pratiques liées, objectivement, à une religion, voir David ROBITAILLE et Sébastien GRAMMOND, « Les processus d'accommodement religieux et autochtone dans les institutions publiques canadiennes : quelques comparaisons », (2009) 50 *Les Cahiers de Droit* 75, 97 et suiv.

107. *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Company*, préc., note 105.

108. *Id.*, par. 32.

peuvent être mentionnés. Le premier concerne le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui fait expressément référence à la suprématie de Dieu. Il semblerait que celle-ci n'ait pas de signification juridique, mais plutôt symbolique. Comme l'expliquent Micheline Milot et José Woehrling, les tribunaux ne lui ont reconnue aucune « portée significative »<sup>109</sup> et « cette référence ne modifie pas véritablement la longue tradition de neutralité, car le préambule n'affirme pas que les droits ont leur source en Dieu »<sup>110</sup>. Cela n'a pas empêché le juge Muldoon de la Cour fédérale, dans une décision *O'Sullivan* de 1992, de lui donner une portée difficilement conciliable avec la liberté de conscience puisqu'il détermine que le préambule sert à « protéger tous ceux qui croient en Dieu »<sup>111</sup>. Dans les faits, il s'agissait du refus par un contribuable de payer dans le cadre de l'impôt sur le revenu, une portion de 50 dollars destinée à financer des avortements. Le juge écrit :

Le préambule de la Charte fournit un outil important pour définir le Canada, mais la reconnaissance de la suprématie de Dieu dans la loi suprême du Canada ne fait qu'empêcher l'État canadien de devenir officiellement athée. Elle ne transforme pas le Canada en une théocratie du fait de la grande variété de croyances quant à la façon dont Dieu (c'est apparemment le même Dieu pour les juifs, les chrétiens et les musulmans) veut que ses fidèles se comportent en général et le vénèrent en particulier. En conséquence, la reconnaissance de la suprématie de Dieu dans le préambule n'empêche pas le Canada d'être un État laïque<sup>112</sup>.

Selon Marie-Pierre Robert, « la suprématie de Dieu pourrait faire référence au fait que les droits et libertés protégés par la

---

109. M. MILOT et J. WOEHRLING, « Canada », préc., note 26, p. 127.

110. M. MILOT, *La laïcité*, préc., note 29, p. 71. Voir aussi Micheline MILOT, « L'émergence de la notion de laïcité au Québec-résistances, polysémie et instrumentalisation », dans Paul EID Pierre BOSSET et al. (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, Québec, PUL, 2009, p. 36.

111. *O'Sullivan c. M.N.R.*, [1992] 1 C.F. 522, 536.

112. *Id.*



Charte canadienne sont d'origine suprême, qu'ils découlent d'un droit naturel – autrefois associé à Dieu – et maintenant davantage associé à la morale en général et à la dignité de la personne en particulier (...) il serait ainsi possible de donner un sens au préambule, qui, en s'appuyant sur la morale et la dignité humaine, n'irait pas à l'encontre de la liberté de religion, mais permettrait au contraire de la réaffirmer »<sup>113</sup>. Cependant, malgré une existence plus symbolique qu'effective, cette mention faite à Dieu peut porter à confusion, comme en témoigne la récente décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Saguenay (Ville de) c. Mouvement laïque québécois*<sup>114</sup>. Dans son jugement, portant sur la discrimination dont se plaignait un citoyen en raison de la récitation de la prière et de la présence de symboles religieux aux assemblées publiques du conseil municipal, le juge Gagnon écrit que « tout comme le préambule de la *Charte canadienne*, la prière en cause fait référence à une divinité monothéiste. De ce point de vue, il est difficile de soutenir que le récit d'une prière s'inspirant d'un des principes fondamentaux de la Constitution pourrait tout de même violer les droits de M. Simoneau »<sup>115</sup>. Selon ce raisonnement, le préambule de la Charte canadienne empêcherait l'existence de la neutralité de l'État.

Des décisions de la Cour suprême du Canada participent également de cette confusion à l'égard du sens et de la portée du principe de neutralité de l'État. L'arrêt *Chamberlain*<sup>116</sup> de la Cour suprême du Canada peut ici être mentionné. Dans cet arrêt, il s'agissait de la demande faite par un enseignant d'approuver des manuels scolaires représentant des familles homoparentales. Le refus de tels ouvrages par le conseil scolaire était notamment motivé par les convictions religieuses de certains parents considérant immorales de telles unions. Respect des convictions de chacun et donc de la diversité et exigence de laïcité vont être

---

113. Marie-Pierre ROBERT, « Des crimes religieux : aux confluent du droit pénal et de la liberté de religion », (2009) 50 *Les Cahiers de Droit* 663, 670.

114. *Saguenay (Ville de) c. Mouvement laïque québécois*, [2013] QCCA 936.

115. *Id.*, par. 100.

116. *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710.

liés par le juge en chef qui indique que « l'exigence de laïcité fait en sorte que nul ne peut invoquer les convictions religieuses des uns pour écarter les valeurs des autres »<sup>117</sup>. Ainsi le respect des convictions religieuses doit s'appliquer à tous. La neutralité ne peut être effective que si toutes les convictions sont mises sur un même pied d'égalité en n'en privilégiant aucune au détriment des autres.

Néanmoins, être neutre ce n'est pas, selon la Cour, se désintéresser de la religion. Dans l'arrêt *Chamberlain*, la juge en chef McLachlin confirme ce propos lorsqu'elle indique que « le fait que la *School Act* insiste sur la stricte laïcité ne signifie pas que les considérations religieuses n'ont aucune place dans les débats et les décisions du conseil scolaire. Les conseillers scolaires ont le droit et, en fait, le devoir de faire valoir, aux réunions du conseil, les points de vue des parents et de la collectivité qu'ils représentent. La religion jouant un rôle important dans de nombreux milieux, ces points de vue seront souvent dictés par des considérations religieuses. La religion est un aspect fondamental de la vie des gens, et le conseil scolaire ne peut en faire abstraction dans ses délibérations »<sup>118</sup>.

En matière de droit pénal, même si plusieurs infractions ont une essence religieuse tel que le meurtre par exemple, « leurs origines religieuses ne suffisent pas à les considérer comme des crimes religieux »<sup>119</sup>. Cependant, là où se posent des problèmes vis-à-vis du principe de neutralité, c'est davantage lorsque certaines sanctions sont mises en place contre des actes faits à l'encontre de certaines religions ou lorsque des sanctions trouvent application dans certaines religions. Pour la première situation, il est possible d'invoquer le cas du blasphème. Intégrée dans le Code criminel en 1892, cette infraction existe toujours mais elle ne protège pas toutes les religions – uniquement les religions protestante et catholique : « Ces deux religions chrétiennes jouissent donc d'un statut privilégié au sein du droit pénal

---

117. *Id.*, par. 19.

118. *Id.*

119. M.-P. ROBERT, préc., note 113, p. 675.

canadien, ce qui est pour le moins étonnant dans la société actuelle, guidée par les libertés de religion et d'expression. »<sup>120</sup> Bien que son application soit inexistante depuis des décennies et que sa « criminalisation (...) serait sans doute considérée par les tribunaux comme violant (...) la liberté de religion, dans la mesure où elle viole l'obligation de neutralité de l'État »<sup>121</sup>, c'est une infraction qui est toujours présente dans les textes législatifs.

Certaines sanctions en revanche portent préjudice à certaines religions et c'est en particulier le cas de la polygamie, crime passible, tout comme la bigamie, de cinq ans d'emprisonnement. Par définition, elle concerne « l'union conjugale multiple que cette union soit reconnue comme un mariage ou non »<sup>122</sup>. Malgré qu'il y ait peu de cas en la matière, en 2009 des accusations ont été portées contre des membres de la communauté mormone de Bountiful, mais ont été annulées par la suite. Or, ce qui peut poser problème est que pour les membres de cette communauté leur croyance religieuse leur impose la polygamie<sup>123</sup>. Dans un avis à l'occasion d'une procédure de renvoi<sup>124</sup>, le juge en chef Bauman de la Cour suprême de Colombie-Britannique en est venu à la conclusion que la criminalisation de la polygamie n'est pas inconstitutionnelle.

Un autre exemple peut être cité et concerne le crucifix situé à l'Assemblée nationale du Québec et mis en place par Duplessis le 7 octobre 1936<sup>125</sup> et qui, selon l'historien Yvan Lamonde, « est le signe même d'une alliance du politique et du religieux, de l'État et de l'Église »<sup>126</sup>. Ce signe est toujours présent dans le salon bleu de

---

120. *Id.*, p. 687.

121. *Id.*

122. *Id.*, p. 681.

123. Marie-Pierre ROBERT et Stéphane BERNATCHEZ, « La criminalisation de la polygamie soumise à l'épreuve de la Charte », (2010) 40 *Revue générale de droit* 541, 541-598.

124. *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*, [2011] BCSC 1588.

125. Caroline BEAUCHAMP, *Pour un Québec laïque*, Québec, PUL, 2011, p. 98.

126. Yvan LAMONDE, *L'heure de vérité. La laïcité à l'épreuve de l'histoire*, Montréal, Del Busso, 1992, p. 176.

l'Assemblée nationale. Alors que le rapport de la Commission Bouchard-Taylor avait proposé qu'il soit retiré, l'Assemblée nationale a voté, à l'unanimité, son maintien le jour même où les commissaires ont présenté publiquement leur rapport final. D'aucuns y voient là un symbole historique dépouillé de toute signification religieuse, ce qui rendrait possible son déplacement au musée du Parlement, mais ce serait sans doute faire injure à certaines croyances de considérer ainsi la représentation du Christ sur la croix. Ainsi, c'est la présence d'un symbole religieux dans une assemblée démocratique délibérative qui doit être analysée<sup>127</sup>.

Aussi, dans la plupart des sociétés se considérant comme laïques, et qui ont eu une histoire où religion et État étaient extrêmement liés, des héritages du passé peuvent perdurer, ce qui peut remettre en cause la perception que l'on peut avoir de la neutralité de l'État. Par exemple, nous pouvons citer les jours fériés du calendrier empreints de significations religieuses. Cependant ce propos peut être nuancé en raison du fait qu'il serait problématique de modifier complètement le calendrier ou d'y intégrer toutes les fêtes religieuses de toutes les religions. C'est pourquoi afin de remédier à cette forme d'inégalité, les autorisations d'absences dans le cadre des relations de travail ou à l'école sont généralement accordées ce qui constitue un accommodement qui n'est pas contraire au principe de neutralité et, bien au contraire, est nécessaire afin de permettre l'égalité de tous<sup>128</sup>.

Bien que l'accommodement pour des motifs religieux puisse être considéré comme étant contraire au principe de neutralité de

---

127. Pour un exemple d'une telle analyse, voir la décision du 4 février 2011 du Tribunal des droits de la personne dans *Simoneau c. Tremblay*, [2011] QCTDP 1.

128. Sur la présence de calendriers religieux dans les commissions scolaires et les universités au Canada, voir D. ROBITAILLE et S. GRAMMOND, « Les processus d'accommodement religieux et autochtone dans les institutions publiques canadiennes : quelques comparaisons », préc., note 106, 101 et suiv.

l'État<sup>129</sup>, il permet d'assurer le droit à l'égalité et la protection contre la discrimination.

L'accommodement raisonnable est un mécanisme créé par la jurisprudence et qui est apparu pour la première fois au Canada lors de l'affaire *O'Malley*, dans laquelle un employeur avait exigé d'une de ses employées adventiste du septième jour, de travailler le samedi jour de sabbat alors que celle-ci considérait une telle exigence comme contraire à ses convictions religieuses. Dans cet arrêt de 1985, la Cour suprême a considéré que le droit à l'égalité obligeait l'employeur à respecter les convictions religieuses de son employé en aménageant ses heures de travail<sup>130</sup>.

L'accommodement raisonnable est « une obligation juridique, applicable uniquement dans une situation de discrimination, et consistant à aménager une norme ou une pratique de portée universelle dans les limites du raisonnable, en accordant un traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par l'application d'une telle norme »<sup>131</sup>, car il ne faut pas punir l'auteur de la discrimination mais offrir une voie de recours à la victime<sup>132</sup>.

Cependant, l'accommodement ne pourra pas s'appliquer lorsqu'il y a une contrainte excessive. Différentes catégories de facteurs sont prises en compte par les tribunaux afin de déterminer le caractère excessif de la contrainte, dont, notamment, les ressources financières et matérielles, l'atteinte aux

---

129. Luc B. TREMBLAY, « Religion, tolérance et laïcité : le tournant multiculturel de la Cour suprême », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable »*, Montréal, Thémis, 2009, p. 213, à la page 248 et suiv.

130. *Commission des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

131. Pierre BOSSET, « L'accommodement raisonnable : du bon et du mauvais usage des mots », (2007) CDPDJ.

132. *Commission des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, préc., note 130, par. 12.

droits d'autrui et au bon fonctionnement de l'entreprise, de l'institution ou de l'activité<sup>133</sup>.

Depuis quelques décennies, une importante jurisprudence a été développée sur cette obligation d'accommodement raisonnable sans contrainte excessive en matière religieuse. Il n'est pas nécessaire pour les fins du présent article d'en refaire le développement et d'expliquer les enjeux contemporains<sup>134</sup>. Qu'il suffise de souligner que, depuis quelques années, la thématique de la liberté de religion refait surface et occupe la plupart des débats en raison de faits survenus dans la sphère publique. Ceci est d'autant plus remarqué au Québec et ces faits ont été souvent reliés, à tort parfois, aux accommodements raisonnables. L'affaire *Multani*, l'accord donné par un directeur d'un centre sportif de givrer les fenêtres d'une salle de conditionnement physique afin que des Juifs orthodoxes ne voient pas les femmes durant leur séance d'entraînement ou encore l'interdiction faite aux hommes de participer à des rencontres prénatales ont fait partie des faits ayant provoqué la polémique et ayant été largement relatés dans les médias au point qu'en 2007, le gouvernement du Québec a mis en place deux comités consultatifs relatifs aux accommodements

---

133. Paul EID et Pierre BOSSET, « Document de réflexion : la charte et la prise en compte de la religion dans l'espace public », (2008) *CDPDJ*, p. 39, 39-40.

134. Voir notamment : Pierre BOSSET, « La "crise" des accommodements raisonnables : regards d'un juriste sur le rapport Bouchard-Taylor », (2009) 3 *Revue de droit parlementaire et politique* 323; Pierre BOSSET, « Limites de l'accommodement raisonnable : le droit a-t-il tout dit? », (2007) 9 *Éthique publique* 165; Stéphane BERNATCHEZ, « Accommodements raisonnables et gouvernance : le rôle du juge, au-delà de l'interprétation et de la création du droit à l'égalité », dans Christian BRUNELLE et Patrick A. MOLINARI (dir.), *Accommodements raisonnables et rôle de l'État : un défi démocratique*, Congrès de l'Institut canadien d'administration de la justice, Québec, 2009, p. 371; Stéphane BERNATCHEZ, « Un rapport au droit difficile. La commission Bouchard-Taylor et les accommodements raisonnables », dans les Journées strasbourgeoises 2008 (Institut canadien d'études juridiques supérieures), *Droits de la personne. Éthique et droit : nouveaux défis*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 69, à la page 92. Stéphane BERNATCHEZ, « Les enjeux juridiques du débat sur les accommodements raisonnables », (2007) 38 *R.D.U.S.* 233.

raisonnables qui sont le comité consultatif sur l'intégration et l'accommodement en milieu scolaire<sup>135</sup> ainsi que la commission de consultation sur les pratiques reliées aux différences culturelles<sup>136</sup>.

Selon Micheline Milot et José Woehrling : « Non seulement les accommodements religieux ne sont pas considérés comme incompatibles avec la neutralité religieuse de l'État, mais l'on estime au Canada que cette neutralité exige précisément que l'État fasse parfois de tels accommodements. En effet quand une législation entraîne dans son application des effets favorables ou simplement neutres pour certaines croyances ou défavorables pour d'autres, elle ne peut plus être considérée comme neutre et c'est pour rétablir sa neutralité qu'un accommodement devient nécessaire »<sup>137</sup>. Ainsi, la neutralité serait d'autant plus effective lorsqu'un accommodement permet de remédier à une situation qui, sans cette mesure, serait discriminatoire.

### **Brève conclusion d'une longue histoire**

À travers l'étude de cette histoire constitutionnelle et législative, nous avons pu constater que la neutralité de l'État s'est construite progressivement, souvent implicitement, et depuis longtemps à travers la reconnaissance de l'égalité des cultes et de la liberté de religion. Néanmoins, son application au Canada et au Québec n'est pas parfaite même aujourd'hui. Les multiples débats actuels sur la notion de laïcité et sa consécration dans les textes constitutionnels illustrent ce propos. Il faut à tout le moins préciser que la neutralité de l'État n'est que l'un des principes constitutifs de la laïcité<sup>138</sup>. En effet, avec la séparation de l'Église et de l'État, la neutralité de l'État est un mécanisme institutionnel,

---

135. Mise en place par le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sports, Octobre 2006.

136. Créée par décret suite à la demande de Jean Charest alors premier ministre, Mars 2007.

137. M. MILOT et J. WOEHRLING, « Canada », préc., note 26, p. 129.

138. Sur ces principes, voir J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, préc., note 62.

constitutionnel, de mise en œuvre de la laïcité. Au-dessus de ces principes opératoires, deux autres principes établissent les finalités morales de la laïcité : la protection de la liberté de conscience et de religion de tous les citoyens et l'égal respect, par l'État, de tous les citoyens, peu importe leurs convictions profondes, qu'elles soient religieuses ou séculières.

Au-delà des principes, il demeure possible de se demander s'il existe réellement une neutralité de l'État au Canada<sup>139</sup>. C'est là une question bien difficile dont la réponse dépend de la signification accordée à la neutralité. Doit-on dire, comme certains auteurs en France avec la laïcité<sup>140</sup>, qu'il ne doit pas exister de neutralité ouverte ou fermée mais que la neutralité? Dans ce cas, la réponse serait négative. Ou, peut-on ajouter un adjectif et dans ce cas, il existerait une neutralité (bienveillante) au Canada? Celle-ci est ouverte puisque la société s'adapte aux particularismes en les acceptant et non en imposant une uniformité qui risque de porter préjudice à celles et ceux qui ont des particularités. Néanmoins, pour certains, une telle façon d'appréhender le phénomène religieux n'est pas satisfaisant tout en considérant qu'il est nécessaire en particulier au Québec (dans lequel les débats sur la thématique de la liberté de religion se multiplient depuis quelques années) d'affirmer une laïcité consacrée dans les textes législatifs et constitutionnels, car pour eux, « l'affirmation solennelle que l'État est areligieux est un exercice urgent à faire »<sup>141</sup>.

---

139. Voir par exemple, le traitement fiscal des organismes religieux en comparaison de celui des organismes de bienfaisance non-religieux : Luc GRENON, « L'avancement de la religion comme fin de bienfaisance : une question de foi ou de rationalité? », dans les Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, *Les sentiments et le droit*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2012, p. 257.

140. Henry PÉNA-RUIZ, *La laïcité pour l'égalité*, Paris, Édition Mille et une nuits, 2001, p. 15-17.

141. C. BEAUCHAMP, *Pour un Québec laïque*, préc., note 125, p. 121.



**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** CONFRONTER LES NORMES AUX REVENDICATIONS  
RELIGIEUSES : LES DÉBATS JUDICIAIRES À MONTRÉAL  
(1764-1900)

**Auteur(s) :** David GILLES

**Revue :** *RDUS*, 2013, numéro Hors série

**Pages :** **49-99**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10246>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10246>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## ARTICLE

---

# CONFRONTER LES NORMES AUX REVENDICATIONS RELIGIEUSES : LES DÉBATS JUDICIAIRES À MONTRÉAL (1764-1900)

par David GILLES\*

*Le Québec, et plus particulièrement la ville de Montréal ont connu, dès les premiers temps de la Conquête, la cohabitation de plusieurs communautés ou groupes faisant la promotion de valeurs religieuses différentes. Si l'État Bas-Canadien est intervenu afin de concilier ces intérêts divergents, ce sont surtout les tribunaux qui ont été amenés à arbitrer la pluralité religieuse. Confrontées à des revendications diverses, les juridictions montréalaises bâtissent dès lors un corpus juridique jetant les bases d'une certaine tolérance religieuse, ainsi que les prémices d'une neutralité juridique.*

---

*Quebec, and more particularly the city of Montreal knew, from the first stages of the Conquest, the cohabitation of several communities or groups promoting different religious values. If the Lower Canadian State legislates to reconcile these divergent interests, it is especially the courts which were brought to arbitrate the religious plurality. Confronted with religious claims, the Montreal jurisdictions build a legal corpus laying the foundations for religious tolerance, as well as the beginnings of legal neutrality.*

---

\* . Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

## **SOMMAIRE**

<b>I.</b>	<b>L'établissement des frontières de la juridiction civile en matière religieuse .....</b>	<b>56</b>
A.	Le cadre législatif des rapports entre Églises et État .....	56
B.	Les fondements des matières mixtes.....	62
<b>II.</b>	<b>L'intervention des juridictions montréalaises face aux faits religieux de la diversité .....</b>	<b>67</b>
A.	La posture de la magistrature face aux libertés gallicanes et à l'appel comme d'abus : l'affaire Guibord .....	67
B.	Les interventions juridictionnelles face aux communautés catholique et anglicane .....	74
1)	L'implication des juridictions dans les réalités sacramentelles.....	74
2)	La question du mariage.....	76
3)	La question de l'éducation religieuse .....	81
4)	Le contentieux des bancs d'églises .....	83
5)	Réalité patrimoniale et fiscale.....	84
C.	Les interventions juridictionnelles face à la diversité culturelle montréalaise .....	88
1)	Les méthodistes .....	88
2)	La Communauté juive .....	93

Comme le souligne le juriste Désiré Girouard dans l'un des premiers articles – fort polémique<sup>1</sup> – portant sur les rapports entre droit et religion de la doctrine canadienne, « nous rencontrons [dans la province de Québec] toutes les institutions ecclésiastiques qui existaient en Angleterre avant la Réforme et en France avant la révolution de 1793 et aussi celles qui existent dans tous les pays où aucune église particulière est établie par la loi »<sup>2</sup>. Il ajoute :

Sous le régime français, l'église se trouvait indépendant de l'État pour ce qui relevait du spirituel. L'Intendant ne possédait que la « juridiction civile » sur les questions temporelles concernant l'Église catholique. Que l'Acte de Québec garantissait un plein exercice de la religion catholique et qu'il interdisait tout acte ou ordonnance concernant la religion. Que les cours de Justice québécoises possèdent uniquement la juridiction sur les affaires civiles de l'Église, de la même façon que les cours de plaids communs à Westminster Hall, notamment le possessoire des cures. Et qu'enfin les cours de Justice ecclésiastique n'existant pas après l'Acte de Québec, c'est en vertu de l'art. 17 de celui-ci qu'elles pourront être instituées<sup>3</sup>.

Ainsi, le cadre de la pratique religieuse dans le contexte canadien et québécois s'analyse dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle comme une survivance de l'Ancien régime, dans un cadre où le protestantisme et le catholicisme apparaissent, si ce n'est sur un pied d'égalité, du moins dans un rapport de force équilibré. Si l'église anglicane vise dans un premier temps un prosélytisme

- 
1. Désiré Girouard, catholique fervent, avocat, homme politique puis juge, fut un adversaire acharné de l'Institut. Ancien élève du petit Séminaire de Montréal et du McGill College, il fut l'un des fondateurs de la *Revue critique de législation et de jurisprudence du Canada*. Il se servira de celle-ci afin de développer son attaque contre l'Institut, notamment en confrontant Gonzalve Doutre. Voir Michael L. SMITH, *Dictionnaire Biographique du Canada* (ci-après D.B.C), Toronto, vol. XIV, 1998, p. 345.
  2. Désiré GIROUARD, « State and Church », (1872) 2 *Revue critique de Législation et de Jurisprudence* 1.
  3. *Id.*, p. 3.

envers la population canadienne-française, l'intervention étatique vise une certaine emprise « égalisatrice » sur les questions séculières des divers groupes religieux, au regard de l'abolition des terres réservées au Clergé, ou de l'abolition du Régime seigneurial. Enfin, l'église catholique se place dans une position de défense pied à pied de sa place prépondérante durant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, avant d'aller à la conquête de domaines privilégiés, comme l'éducation. Bien évidemment, la perception des rapports entre Église et État durant le XIX<sup>e</sup> siècle est largement tributaire du contexte de la Conquête de 1759-1760. Le rêve d'une substitution d'une église par une autre, de l'église catholique par l'église anglicane, fût caressé un temps, notamment par le pouvoir londonien. Les instructions confiées à Murray reflétaient cette volonté bien éphémère :

Et afin de parvenir à établir l'Église anglicane, tant en principe qu'en pratique, et que lesdits habitants puissent être graduellement induits à embrasser la religion protestante et à élever leurs enfants dans les principes de cette religion. Nous déclarons, par les présentes, que c'est notre intention, lorsque ladite province aura été exactement arpentée et divisée en cantons, districts, ressorts ou paroisses, tel que prescrit ci-après, que tout l'encouragement possible soit donné à la construction d'écoles protestantes [...] réservant et affectant à cette fin des étendues suffisantes de terre de même que pour la glèbe et l'entretien d'un ministre et de maîtres d'écoles protestantes. [...] Et c'est de plus Notre volonté et bon plaisir qu'un endroit spécial, dans chaque ville ou aussi près que possible de celle-ci, soit réservé pour la construction d'une église et que quatre cents acres de terre y adjacents soient affectés à l'entretien d'un ministre et deux cents acres réservés pour un maître d'école<sup>4</sup>.

Ainsi, la question des rapports entre pouvoirs ecclésiastiques et pouvoirs étatiques a constitué, dès l'origine de la

---

4. A. SHORTT et A.G. DOUGTHY, *Documents concernant l'histoire constitutionnelle du Canada*, (ci-après D.C.I.), 2<sup>e</sup> éd., Ottawa, C.H. Parmelee, 1921, p. 166 et 169.

Province de Québec, un enjeu majeur, largement arbitré par la magistrature durant le XIX<sup>e</sup> siècle. La question de l'appel comme d'abus et de son devenir sous le régime britannique constitue un exemple des interventions prétoriennes dans les matières ecclésiastiques. Dans les affaires *Ferland et al.* ou *Deguisse*<sup>5</sup>, les juges québécois eurent à trancher la logique juridique qui gouvernait à la fois le maintien du droit français après l'acte de Québec en matière de droit privé, et les nouvelles logiques juridictionnelles amenées par l'établissement de cours de tradition de common law. Dans l'affaire *Champlain v. Vézina* (13 mars 1812), le juge Foucher, de la Cour du banc du roi souligne, dans un memorandum, qu'il ne doute pas que la matière en cause – une poursuite contre le curé Vézina en dommages, celui-ci ayant refusé de l'admettre comme « godfather », Champlain étant considéré comme incapable et indigne – relève de la juridiction de la Cour<sup>6</sup>. Dans *Naud v. The Lord Bishop of Montreal*<sup>7</sup>, la Cour se déclare, au contraire, incompétente à prendre connaissance sur la présente demande de la sentence rendue par le défendeur en sa qualité d'Évêque diocésain, qui suspend le demandeur de ses fonctions sacerdotales ou curiales et de la procédure qui a eu lieu devant le tribunal de l'Évêque à cet égard. Dans *Naud v. Lafrance*<sup>8</sup>, une position similaire sera reprise.

La difficulté de passer d'un régime à l'autre, d'une tradition d'une église gallicane à une église anglicane forme donc le nœud gordien des rapports entre Églises et État dans un premier temps. Toutefois, la reconnaissance de la pérennité du fait catholique dans l'Acte de Québec en 1774 modifie le climat, même si la suspicion envers des rapprochements entre catholiques et « insurgents » américains sont présents durant les troubles

---

5. Register of the Court of Appeal, Montréal, vol. 2, p. 242.

6. Voir G. DOUTRE, « L'Église et L'État », (1872) 2 *Revue critique de Législation et de Jurisprudence du Canada* 33.; D. GIROUARD, « State and Church », préc., note 2, p. 120.

7. *Naud v. The Lord Bishop of Montreal* 1838, B.R. 861.

8. *Naud v. Lafrance* 1838, B.R. 862.

révolutionnaires<sup>9</sup>. L'église catholique après cette période troublée, trouvera ses assises pleines et entières dès 1774. Paradoxalement, la position de l'église anglicane sera alors à front renversée si l'on compare la lettre et la pratique. Elle devient l'église d'État au moment de la Conquête, mais sa position est fragile et elle souffre des divisions en son sein et d'une faible implantation, tant patrimoniale qu'au sein de la population. Comme le souligne l'évêque anglican Jacob Mountain :

Dans les deux provinces la plupart des sujets de Sa Majesté sont des dissidents; et parmi ceux-ci il existe un grand nombre de sectes diverses [...] je dis qu'une organisation efficace et digne de l'Église d'Angleterre aurait pour résultat la réunion presque totale des dissidents dans son giron. Je n'ai pas besoin de faire des commentaires sur cette union [...] Ses avantages politiques dans ces temps comme ceux-ci seraient incalculables [...] Comparée aux fortes organisations, aux revenus considérables et aux pouvoirs et privilèges étendus de l'Église de Rome, l'Église d'Angleterre tombe tout simplement au rang d'une secte tolérée<sup>10</sup>.

Une dimension idéologique est fortement présente en arrière plan des interventions juridiques étatiques, qui explique le rôle prépondérant que vont jouer les tribunaux dans la définition des frontières entre interventions laïques et revendications religieuses. La confrontation entre aspirations libérales et sécularisation d'une part; et perspective ultramontaine d'autre part, colore largement les enjeux à l'échelle québécoise, relatant les débats européens, dont les immigrants sont parfois les relais. Il s'agit, en tout

- 
9. Lord Egremont, secrétaire d'État, fait ainsi valoir que certaines informations semblaient faire « [...] craindre que les français aient l'intention de profiter de la liberté accordée aux habitants du Canada de pratiquer la religion catholique, pour entretenir des relations entre ces derniers et la France et conserver par le moyen de prêtres une influence suffisante sur les canadiens pour induire ceux-ci à se joindre à eux, si l'occasion se présent[ait] de tenter de recouvrer ce pays »; « Lettre de Charles Windham Egremont, 13 août 1763 », D.C. I. préc. note 4, p. 99.
10. « Mountain à Milnes, 6 juin 1803 », cité par Thomas CHAPPAIS, *Cours d'histoire du Canada*, vol. II, Québec, Garneau, 1921, p. 312.



premier, d'un débat d'idée entre d'un côté; l'individu et ses droits avec tous les idéaux démocratiques qui en découlent – comme la liberté de croyance et les droits politiques –, et de l'autre, la communauté et le sens commun rattaché à une foi, à une pratique et à une « culture nationale » communes<sup>11</sup>. La place de l'État dans la société<sup>12</sup> se développe graduellement tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle. Si l'Église anglicane vise un prosélytisme envers la population canadienne-française, et ce via des missionnaires protestants suisses de langue française<sup>13</sup>, l'intervention étatique vise une certaine emprise « égalisatrice » sur les questions séculières des divers groupes religieux, au regard de l'abolition des terres réservées au Clergé, de l'abolition du régime seigneurial. C'est donc l'enjeu de la frontière entre les institutions judiciaires et les institutions religieuses qui constituera la grille d'analyse de la jurisprudence traitant de la réalité religieuse.

L'autre enjeu est constitué, essentiellement, par l'intégration de nouveaux groupes religieux au sein de la réalité montréalaise – par exemple, la communauté juive ou même la place des irlandais catholiques – qui oblige une prise de position du gouvernement. Et aussi, lentement, des juges lorsqu'ils sont amenés à cristalliser l'impact du religieux sur la norme, et a contrario, la souplesse de celle-ci vis-à-vis des aspirations religieuses (I). Si les décisions dans le cadre du district judiciaire

---

11. Pour une analyse de l'historiographie en la matière, voir Jean-Marc LAROCHE et Guy MENARD, *L'étude de la Religion Au Québec: Bilan et Prospective*, Ste Foy, PU Laval, 2001.

12. Voir par exemple l'Acte qui concerne la construction et la réparation des églises, presbytères et cimetières. Cet outil normatif s'avère un instrument puissant, encadrant « exactement le financement des constructions ecclésiastiques en régissant les modalités des contributions des habitants; le roi y édictait, entre autres, que la décision d'une majorité de ceux-ci de bâtir une église, obligatoirement homologuée par le gouvernement, devait donner lieu à une répartition de la somme nécessaire qui permettrait d'imposer à chacun une cotisation en proportion de ses avoirs fonciers dans la paroisse », Luc NOPPEN et Lucie K. MORISSET, *Les églises du Québec, un patrimoine à réinventer*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2005, p. 28.

13. Voir René HARDY, « La rébellion de 1837-1838 et l'essor du protestantisme Canadien-Français », (1975) 2 RHAF 163.

de Montréal sont, somme toute, assez rares si l'on fait exception de certains domaines – l'abolition du régime seigneurial par exemple –, elles permettent toutefois d'éclairer le cadre d'une emprise juridique sur la diversité religieuse au moment de la mise en place d'une société reflétant une certaine pluralité de foi (II).

### **I. L'établissement des frontières de la juridiction civile en matière religieuse**

Bien évidemment, la perception des rapports entre Église et État durant le XIX<sup>e</sup> siècle est largement tributaire du contexte de la Conquête. Si le législateur pose certains actes afin d'esquisser ces frontières (A), la question des matières mixtes reste largement sous la houlette des juridictions (B).

#### **A. Le cadre législatif des rapports entre Églises et État.**

La logique des rapports est nécessairement ambiguë, car si les doctrines ecclésiastiques semblent présenter une logique de soumission au pouvoir temporel, les réalités des rapports sont bien moins hiérarchiques, et l'Église catholique, notamment, défend son pré-carré. Le clergé catholique conçoit l'origine du pouvoir comme divine, monarchique et absolue durant tout le XIX<sup>e</sup> siècle. Ils n'hésitent pas à reprendre la formule de St-Paul, toute puissance venant de Dieu, comme l'évêque Lartigue, premier évêque de Montréal, en 1812 : « Soyez soumis à tous ceux qui vous gouvernent, quand même ils seraient injustes à votre égard, car c'est là la volonté de Dieu [...] »<sup>14</sup>. Outre le fondement politique du pouvoir, le clergé catholique est attaché à l'idée de l'union de l'Église et de l'État, Lartigue étant en pointe dans ce combat. Il affirme ainsi : « depuis quand les devoirs des sujets envers leurs Souverains ne sont-ils donc plus un dogme de religion? »<sup>15</sup>. Ce dernier va jouer un rôle majeur dans l'identification de cette soumission au pouvoir par la nation canadienne elle-même. Le recrutement des prêtres venus de France lors de la période

---

14. François BEAUDIN, « Deux sermons de M. J.-J. Lartigue, p.s.s. lors de la guerre de 1812 », (1968) 22-2 RHAF 301, 304.

15. *Id.*

révolutionnaire, constitue, par exemple, un double enjeu. D'une part afin de lutter contre les revendications libérales et laïques mais aussi afin de faire pièce au projet de faire venir des prêtres catholiques britanniques, plus sensibles aux thèses libérales. Cette dernière initiative est rapidement écartée par les représentants de la hiérarchie catholique bas-canadienne :

[il] serait peut-être à craindre que ces messieurs, habitués à raisonner librement sur tous les objets de politique, ne fissent quelques impressions désavantageuses sur les esprits d'un peuple auquel nous avons toujours prêché une obéissance exacte aux ordres du souverain ou de ses représentants, et une soumission entière à tout système légal de lois, sans examen ni discussion<sup>16</sup>.

À l'inverse, le rêve d'une substitution d'une église par une autre, de l'Église catholique par l'Église anglicane, fût caressé un temps, notamment par le pouvoir londonien. Les instructions confiées à Murray reflétaient cette volonté bien éphémère :

Et afin de parvenir à établir l'Église anglicane, tant en principe qu'en pratique, et que lesdits habitants puissent être graduellement induits à embrasser la religion protestante et à élever leurs enfants dans les principes de cette religion. Nous déclarons par les présentes que c'est notre intention, lorsque ladite province aura été exactement arpentée et divisée en cantons, districts, ressorts ou paroisses, tel que prescrit ci-après, que tout l'encouragement possible soit donné à la construction d'écoles protestantes [...] réservant et affectant à cette fin des étendues suffisantes de terre de même que pour la glèbe et l'entretien d'un ministre et de maîtres d'écoles protestantes. [...] Et c'est de plus Notre volonté et bon plaisir qu'un endroit spécial, dans chaque ville ou aussi près que possible de celle-ci, soit réservé pour la

---

16. « Mémoire de Mgr Hubert, 20 mai 1790 », *Mandements, lettres pastorales et circulaires des Évêques de Québec*, publié par Mgr H. Tétu et l'abbé C.-O. Gagnon, (ci-après MEQ), Québec, Côté éd., 1887- 1893, vol. 2, ci après MEQ, p. 459.

construction d'une église et que quatre cents acres de terre y adjacents soient affectés à l'entretien d'un ministre et deux cents acres réservés pour un maître d'école<sup>17</sup>.

Les mouvements révolutionnaires dans les treize colonies changeront la perspective dans les années 1770, et rapprocheront le pouvoir colonial de l'Église catholique<sup>18</sup>.

Le diocèse de Québec n'est ainsi créé par l'Église anglicane qu'au XIX<sup>e</sup> siècle, la province étant placée dans un premier temps, à partir de 1787, sous la juridiction du diocèse anglican de Nouvelle-Écosse. De manière paradoxale, si l'évêque catholique disposait, dès l'Acte de Québec, de la capacité de créer paroisses et églises, le premier évêque anglican de Québec déplorait le fait que la création de paroisses et rectories anglicanes relevait du gouverneur, souvent plus proche des revendications canadiennes françaises<sup>19</sup>. Treize rectories furent toutefois édifiées de 1764 à 1827. Les prélats catholiques ne revendiquèrent que faiblement leur reconnaissance civile, celle-ci ayant pour effet de transférer au gouverneur tout droit sur la constitution des paroisses et la nomination des ecclésiastiques. Dans l'acte constitutionnel de 1791<sup>20</sup>, plusieurs réserves du clergé (clergy reserves) sont instituées afin de permettre le maintien et l'entretien d'un clergé protestant<sup>21</sup>. Celles-ci étaient des terrains réservés à l'entretien du clergé protestant<sup>22</sup>. L'Église d'Angleterre et d'Irlande au Canada

17. « Instructions au gouverneur », D.C.I, préc. note 4, pp. 166 et 169.

18. « Lettre de Charles Windham Egremont, 13 août 1763 », Id., p. 99.

19. L. NOPPEN et L. K. MORISSET, « Les églises du Québec, un patrimoine à réinventer », préc., note 12, p. 25.

20. Geo. III, 1791, (c.31), sect. XVII et XX.

21. Voir Curtis FAHEY, « The Development of Religion in Ontario in the Nineteenth Century », dans Harold D. KALMAN, *The Conservation of Ontario Churches*, Ontario, Ministry of culture and recreation, 1977, p. 45-54.

22. Un 1/7 de toutes les terres domaniales furent réservées. Dans le Haut-Canada, le gouverneur John Graves Simcoe a interprété le vocable « clergé Protestant » comme désignant la seule Église anglicane jusqu'en 1824, le bénéfice étant étendu à cette date à l'Église d'Ecosse. Les réserves du Haut Canada furent gérées par la Société de Clergé qui a été présidée par l'Évêque anglican du Québec. Dans les années 1840, les

reçut, en 1836, le transfert au synode de tous les pouvoirs que l'État possédait encore sur elle<sup>23</sup>.

La communauté protestante souffrait, toutefois, de ses divisions. Les anglicans, presbytériens, congrégationnistes, méthodistes se trouvaient confronté à un État « unique » et à un évêché catholique unique au tournant du XIX<sup>e</sup> siècle. Toutefois, la recherche d'un équilibre entre les différents groupes religieux progresse dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, et se formalise, en partie, en 1852. En 1851, la législature du Canada passe "An Act Respecting Rectories", prévoyant que :

[...] the free exercise and enjoyment of religious profession and worship, without discrimination or preference, so as the same be not made an excuse for acts of licentiousness, or a justification of practices inconsistent with the peace and safety of the Province, is by the constitution and laws of this Province allowed to all Her Majesty's subjects within the same<sup>24</sup>.

L'Acte sur les Rectories de 1852<sup>25</sup> affirme le principe d'égalité de traitement entre les différents faits religieux :

---

profits de celles-ci furent distribués parmi tous les groupes Protestants principaux (à l'exclusion des Baptistes, qui en refusèrent le bénéfice). Sur les débats à propos des rectories dans le Haut-Canada, voir notamment Henry Labouchere Taunton, *The Rectories of Upper Canada: being a return to an address of the Honourable the House of Commons*, dated 11th March, 1839, Toronto, Scobie, 1852.

23. « Attendu qu'il existe des doutes de savoir si les membres de l'Église Unie d'Angleterre et d'Irlande en cette Province ont le pouvoir de régler (regulate) les affaires de leur Église dans les matières qui concernent la discipline et qui sont nécessaires au bon ordre et gouvernement de cette église et qu'il est juste de faire disparaître ces doutes afin qu'il leur soit permis d'exercer les mêmes droits de « self-government » dont jouissent les autres communautés religieuses »; 19 et 20 Vict., ch. 141.

24. S.C. 1851, c. 175.

25. *An Act to abolish Rectories*, 16 Victoria (1852) Québec, Lovell, 1852; Acte publié dans Siméon PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, Montréal, Beauchemin et Valois, 1872, p. 227-228.

Attendu que l'admission de l'égalité aux yeux de la loi de toutes les dénominations religieuses est un principe reconnu de la législation coloniale et attendu que dans l'état et la condition de cette province à laquelle il est particulièrement applicable il est à désirer que ce principe reçoive la sanction directe de l'assemblée législative qui reconnaît et déclare qu'il est le principe fondamental de notre politique civile à ces causes qu'il soit déclaré et statué par la Très Excellente Majesté de la Reine [...] il est par le présent déclaré et statué par l'autorité susdite que le libre exercice et la jouissance de la profession et du culte religieux sans distinction ni préférence mais de manière à ne pas servir d'excuse à des actes d'une licence outrée ni de justification de pratiques incompatibles avec la paix et la sûreté de la province sont permis par la constitution et les lois de cette province à tous les sujets de Sa Majesté en icelle<sup>26</sup>.

L'article II de cet acte spécifie que « le gouverneur de cette province est investi du droit d'ériger des cures ou rectories dans cette province conformément à l'établissement de l'Église d'Angleterre de doter ces cures ou rectories à même les réserves du clergé et de nommer les titulaires ou ministres à ces cures ou rectories »<sup>27</sup>. Toutefois, ces pratiques ont, selon l'acte, « fait naître des doutes et des appréhensions qu'il est à désirer de faire disparaître par la révocation » de ce régime, notamment les art. 38, 39 et 40 de l'acte constitutif du régime des rectories, en laissant subsister toutefois, les dotations déjà constituées<sup>28</sup>. L'acte

---

26. *Id.*, art. I.

27. *Id.*, art. II.

28. « [À] l'avenir aucune lettres patentes ne seront émises dans cette province par la Couronne pour l'érection d'une cure ou rectorie ou pour la dotation ficelle à même les réserves du clergé ou le domaine public ou pour la nomination d'aucun titulaire ou ministre à aucune des dites cures ou rectories pourvu toujours que cette révocation ni rien de contenu dans le présent acte n'affectera en aucune manière les procédés suivis avant ce jour par lesquels certaines cures ou rectories ont été érigées et dotées ou sont supposées avoir été érigées et dotées par l'autorité susdite ou par lesquels certains titulaires ou ministres ont été nommés ou sont supposés avoir été nommés en vertu de la dite autorité aux dites cures ou rectories [...] »; *Id.*, art. II.

souligne que « la légalité ou l'illégalité de tous ces procédés seront une question ouverte qui sera décidée et déterminée comme si le présent acte n'avait pas été passé et pourvu aussi, que rien de contenu dans le présent acte n'aura effet ni ne sera interprété comme ayant l'effet de limiter ou en aucune manière affecter ou entraver les dispositions [de] l'acte pour disposer des terres publiques »<sup>29</sup>. Le gouvernement renvoie ainsi plusieurs questions à l'autorité judiciaire, l'autorité de l'église sortant renforcée de cette intervention législative<sup>30</sup>. La législature réaffirma de nouveau ce principe en plusieurs autres circonstances, comme en 1854, intervenant à nouveau à propos des réserves du clergé<sup>31</sup> et affirmant « qu'il est désirable de faire disparaître toute apparence d'union entre l'Église et l'État et de disposer entièrement et finalement de toutes matières réclamations et intérêts provenant des réserves du clergé par une distribution aussi prompte que possible des revenus des dites réserves [...] »<sup>32</sup>. Simon Pagnuelo souligne, dans un des premiers articles de doctrine portant sur l'égalité religieuse au Canada<sup>33</sup>, que :

L'union entre l'Église et l'État dont parle ici la législature n'est pas la protection que l'autorité civile accorde pleinement dans ce pays à toutes les religions chrétiennes mais la connexion comme s'exprime le texte anglais entre

---

29. *Id.*

30. Art. III « Et qu'il soit statué que dans le cas où il serait juridiquement décidé qu'aucune de ces cures ou rectories ont été érigées conformément à la loi [...] ou jusqu'à ce qu'une décision juridique ait été obtenue sur cette question le droit de nommer un titulaire ou ministre à telles cures ou rectories appartiendra et sera exercé par la société de l'Église du diocèse de l'Église d'Angleterre dans lequel elles seront situées ou à telle autre personne ou personnes corps politiques ou incorporés que la dite société de l'Église jugera à propos de désigner ou nommer à cette fin par tout règlement ou tous règlements passés par elle de temps à autre pour cet objet »; *Id.*

31. 18 Vict., ch. 2, sec. III

32. Publié dans S. PAGNUELO, « Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada », préc., note 25.

33. L'affirmation de cette liberté constituant l'un des premiers éléments constitutifs du Canadian Bill of Rights; voir S. J. GODFREY, « Freedom of religion and the canadian Bill of Rights » (1964) 22(1) U.T. Fac. L. Rev. 60.

l'État et l'Église anglicane laquelle faisait de celle ci la créature de la Couronne. C'est cet état de choses contraire à notre droit colonial que la législature fait disparaître afin de mieux établir l'égalité de tous les cultes chrétiens aux yeux de la loi [notre traduction]<sup>34</sup>.

La constitution des rectories accompagna toutefois un durcissement des antagonismes entre les Canadiens français. Les paroisses catholiques et les paroisses « centrées sur de telles églises à taxation régulée », s'appuyaient sur l'opposition frontale du droit foncier et des terres en franc et commun soccage, l'opposition aboutissant *in fine* à une « polarisation physique de l'écoumène en accélérant le lotissement des terres que les seigneurs pouvaient dorénavant vendre. D'unité administrative, la paroisse, à la faveur de l'accroissement démographique, devint un modèle d'établissement et d'ordonnancement [...] »<sup>35</sup>. Naturellement, ces rapports difficilement esquissés par la législature trouvent une expression particulièrement conflictuelle lorsqu'on aborde les rives des matières mixtes.

## **B. Les fondements des matières mixtes**

Dans les matières mixtes, c'est-à-dire les matières qui relèvent à la fois de la compétence des groupes religieux et des tribunaux civils – Désiré Girouard souligne que :

By the common law all the churches in Lower Canada with the exception of the Catholic Church whose institutions and parishes have always held the rank of corporations are merely voluntary associations governed by the rules of equity and the principles of the common law. Nevertheless as the majority if not all of these bodies have been incorporated by royal charter or act of the Colonial Legislature the Canadian Churches in general may be regarded as corporations<sup>36</sup>.

---

34. *Id.*

35. L. NIPPEN et L. K. MORISSET, « Les églises du Québec, un patrimoine à réinventer », préc., note 12, p. 32-33.

36. D. GIROUARD, « State and Church », préc., note 2, p. 23.



Pour l'Église catholique, l'Évêque en tant que chef du clergé du diocèse constitue à lui seul une société sous le nom de La Corporation épiscopale catholique romaine du diocèse complété par les communautés religieuses reconnues au moment de la cession et par la suite approuvé par la Couronne telles que les dames de l'Hôtel-Dieu, les Ursulines du Québec et de Trois-Rivières, le Séminaire de St-Sulpice, les dames de la Congrégation des Sœurs noires ou les dames de l'Hôpital général des Sœurs grises... et généralement toutes les communautés religieuses auxquelles on ajoute les fabriques et les sacristies. Le cadre de l'activité juridique des églises est donc rapproché de celui des corporations<sup>37</sup> où, notamment pour les Églises presbytériennes<sup>38</sup>, la forme de gouvernance s'apparente, par l'établissement de synodes locaux, de la réalité corporative. Les pouvoirs accordés à l'Assemblée générale du synode anglican constituent d'ailleurs, aux yeux de Girouard, un risque de conflit avec les normes constitutionnelles de 1867. En effet, pour les questions relevant du temporel de l'Église, et notamment certaines contingences matérielles, il est accordé à l'assemblée de l'Église anglicane des parcelles de pouvoir législatif, avec l'approbation du Gouverneur en son conseil. Cette extension du pouvoir de l'assemblée » might be a subject for discussion but it would seem at least that the canons of the Assembly can repeal only such statutory enactments as are mentioned in 29 30 Vict. ch. 15 and not the

---

37. Voir l'excellente étude de Brian J. YOUNG, *In Its Corporate Capacity : The Seminary of Montréal as a Business Institution, 1816-1876*, McGill-Queens's Press, MQUP, 1986.

38. « The Anglican Church in Canada is constituted into diocesan synods composed of the bishop the clergy and the laity entrusted with the management and good government of the church in the diocese and of its property and affairs and into a Provincial Synod composed of delegates from the dioceses of Quebec, Montreal, Huron Ontario and Toronto in which is vested all the spirituality and temporality of the whole Anglican Church. By recent statutes the dioceses of Nova Scotia including Newfoundland and of Fredericton comprising the provinces of New Brunswick and Prince Edward Island have been authorised to join the Provincial Synod of Canada and there is no doubt that in a few years the General Assembly will be made up of delegates from all the provinces of the confederation »; D. GIROUARD, « State and Church », préc., note 2, p. 132.

general law of the land »<sup>39</sup>. Il relève de plus, à juste titre que « [t]he legislature has conferred no spiritual or ecclesiastical jurisdiction on the bishop but it is still a question whether by the constitution and usages of Anglican churches in the colonies he has not such a jurisdiction in certain matters »<sup>40</sup>.

Puisqu'on retrouve dans la province de Québec, durant le XIX<sup>e</sup> siècle, toutes les institutions ecclésiastiques qui existaient en Angleterre, avant la Réforme; et en France, avant la révolution de 1793, il est naturel que les questions qui agitaient la France d'Ancien régime, comme l'appel comme d'abus, connaissent des résurgences dans le débat judiciaire. En principe, les droits des corporations ecclésiastiques dans les affaires temporelles sont conférés par leurs actes constitutifs, les lois générales et particulières qui les visent. La loi applicable à l'Église catholique est celle qui existait au Canada, au moment de la cession, telle que modifiée par l'usage et les statuts de la législature coloniale. On trouve quelques synthèses du droit applicable dans certaines contributions doctrinales, comme le *Code des curés, marguilliers et paroissiens* publié en 1870 par le juge Beaudry<sup>41</sup>, le *Droit administratif ou Manuel des Paroisses et Fabriques* de H.L. Langevin<sup>42</sup> ou les travaux de Mgr Desautels. Comme le soulignait Édmond Lareau, dans son *Histoire du droit canadien*, il est évident que ces œuvres ne peuvent que trahir certains éléments de parti pris, se prêtant à plusieurs interprétations, du fait des ultramontains ou des gallicans :

M. Desautels luttait au seuil même de son œuvre contre la confession qu'il était obligé de faire en ces termes : « Nous ne saurions douter que le droit commun ecclésiastique qui était celui de la France avant la cession du Canada à l'Angleterre est le droit ecclésiastique particulier au

---

39. *Id.*

40. *Id.*

41. Joseph-Ubalde BEAUDRY, *Code des curés, marguilliers et paroissiens accompagné de notes historiques et critiques*, Montréal, La Minerve, 1870.

42. H. L. LANGEVIN, *Droit administratif ou Manuel des paroisses et des Fabriques*, (1<sup>ère</sup> éd. 1863), Québec, Imprimerie du Canadien, 2<sup>nd</sup> éd. 1878.

Canada ». Après cette concession il devait rester et il reste désarmé pour soutenir l'indépendance de l'autorité ecclésiastique du pouvoir civil car rien n'était mieux établi en France que la suprématie des tribunaux civils sur tous les ordres toutes les classes et tous les individus. M. le juge Beaudry est plus difficile à saisir et son système lutte contre deux impossibilités. Tantôt absolutiste et ultramontain comme M. Desautels tantôt gallican sans l'avouer et même en protestant contre l'idée il ne paraît pas toujours savoir ce qu'il veut<sup>43</sup>.

Du point de vue normatif, la question de l'application de la common law à la réalité du droit applicable aux institutions de tradition anglicane se pose. De manière générale, celles-ci ne souffrent pas de certaines restrictions qu'elles connaissent en Angleterre, au regard des questions purement temporelles. Ainsi, elles peuvent acquérir, aliéner et posséder des biens en échappant aux restrictions imposées par la loi de la mainmorte, elles peuvent contracter et engager des dépenses de manière similaire à des sociétés civiles. Néanmoins, elles ne peuvent vendre ou grever un bien réel, sans formalités particulières, notamment pour les biens consacrés aux cultes, de même que les édifices consacrés à des fins sacrées ne peuvent être ni hypothéqué ou vendu puisqu'ils sont hors commerce<sup>44</sup>. Une autre question, qui va intéresser les tribunaux, est la question de l'autorité de la hiérarchie ecclésiastique sur les membres du clergé, au regard des juridictions civiles, et l'implication des membres du clergé dans la société civile, à travers certains mandats électifs notamment. En principe, à l'exception de ceux qui ont prononcés des vœux perpétuels, un ecclésiastique peut être médecin, juriste, notaire, candidat à une assemblée locale, municipale ou nationale. Ils sont toutefois exemptés de l'arrestation pour dette, du service militaire et de l'obligation de servir comme juré dans des causes civiles ou criminelles. Les curés et les ministres en charge d'une paroisse, d'une mission ou d'une congrégation, sont des officiers civils à qui,

---

43. Edmond LAREAU, *Histoire du droit canadien : depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, vol.1, Montréal, A. Périard, 1888, p. 460-461.

44. D. GIROUARD, « State and Church », préc., note 2, p. 138.

la loi, a confié la tenue des registres publics des mariages, des baptêmes et des enterrements. En tant que tel, ils sont soumis à la juridiction des tribunaux civils. Girouard souligne que les bénéfices dont pouvaient se prévaloir le clergé durant l'ancien régime français, notamment les *committimus* les plaçant en matière civile et pénale sous la juridiction de l'officialité :

[...] n'a jamais formellement existé ou du moins a depuis longtemps cessé d'exister dans le Bas-Canada. [...] la loi qui donne compétence à la Cour supérieure dans toutes les causes civiles ne fait pas exception. Notre Constitution ne reconnaît qu'une seule autorité compétente pour statuer en matière mixtes à savoir l'autorité civile et de ses tribunaux ordinaires. [...] [S]a compétence ne s'étend pas plus loin et le tribunal ne peut sous aucun prétexte, même le droit ecclésiastique ou le canon est ouvertement violé prendre connaissance des questions non laïques qui sont exclusivement recevables par les tribunaux de l'église [notre traduction]<sup>45</sup>.

Girouard, favorable aux thèses ultramontaines souligne, à cette occasion, sa surprise qu'un juge du banc de la Cour supérieure du Bas-Canada ou au sein du Comité judiciaire du Conseil privé en Angleterre puisse « pérorer » en matière d'excommunication comme ce fut le cas dans Guibord; ou sur les rites de l'église, comme l'élévation du calice, l'usage de certains objet du culte. Il relève, tout du moins, que devant le Conseil privé en Angleterre, l'Église anglicane est représentée au sein de cette juridiction, contrairement aux juridictions civiles québécoises. Ce serait, selon lui, « une violation flagrante de la liberté de conscience », si le juge appelé à trancher les questions relevant du sacré propre à « une synagogue juive, par exemple, devraient être tranchées par un juge catholique ou protestant [notre traduction] »<sup>46</sup>.

---

45. *Id.*, p. 140.

46. *Id.*

L'ensemble des questions relatives au spirituel doit donc, si l'on suit Girouard, échapper à l'analyse des juridictions civiles. Tout le problème étant la définition de ces questions, et à la répartition des compétences juridictionnelles lorsqu'on se trouve face à des matières mixtes, comme en matière de sépulture. Dans les faits, la jurisprudence québécoise donne, tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, bien des occasions aux juridictions civiles de peser sur l'activité des communautés et congrégations et ainsi, irriter les partisans de l'ultramontanisme.

## **II. L'intervention des juridictions montréalaises face aux faits religieux de la diversité**

L'affaire Guibord illustre, par bien des aspects, cette lutte quant à la définition des compétences entre les deux juridictions. Redéfini lors de cette lutte emblématique, les frontières de l'intervention des juridictions civiles sur le fait religieux trouvent à s'appliquer face à la diversité religieuse qui se développe à la fin du XIX<sup>e</sup> et dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle.

### **A. La posture de la magistrature face aux libertés gallicanes et à l'appel comme d'abus : l'affaire Guibord**

La fondation de l'Institut canadien, en décembre 1844, marque un développement du libéralisme anticlérical. Celui-ci, fixe dans son programme, en 1854, la séparation de l'Église et de l'État (art. 13) et l'établissement d'écoles subventionnées par l'État et dépouillées de tout enseignement sectaire (art. 25). Joseph Doutre, Éric Dorion, Wilfrid Laurier, et Joseph Guibord se retrouvent parmi les membres de l'Institut. En 1868, Mgr Bourget frappe d'excommunication tous les membres de l'Institut. À la mort de Guibord, sa veuve, Henriette Brown, engage des poursuites contre la fabrique de Montréal dans le but de contraindre le curé de la paroisse Notre-Dame d'accorder aux restes de son mari une sépulture en terre consacrée. Le 6 mai 1870, le juge Mondelet oblige la fabrique à enterrer Guibord au cimetière catholique. La fabrique va en appel qui maintiendra la décision. Finalement le Conseil privé de Londres rendra son

verdict, le 21 novembre 1874<sup>47</sup>, condamnant de nouveau la fabrique. Les attendus des différents jugements donnent de nombreuses indications sur le rôle du juge en la matière et sur la conception du rapport entre Église et État, de même que sur les plaidoiries des avocats qui ont été publiées en partie<sup>48</sup>. Selon Girouard, défenseur de la Fabrique, le droit de la colonie tant sous le régime français que sous la couronne d'Angleterre aurait toujours accordé ces matières à la compétence de la Cour supérieure. Toutefois, à son sens, sa compétence ne s'étend pas plus loin et elle ne peut, sous aucun prétexte, même si les canons ou le droit ecclésiastique étaient ouvertement violés, prendre connaissance des questions non laïques qui sont exclusivement recevables par les tribunaux de l'église. En cas de doute, Girouard estime que le tribunal civil ne doit pas se prononcer sans avoir la décision du tribunal ecclésiastique en forme authentique, relevant une pratique constante en la matière tant sous les gouvernements français que britanniques, citant à l'appui de sa position, les affaires *Lussier vs. Archambault* en 1848 (juges Rolland, Day et Smith) et *Vaillancourt vs. Lafontaine* en 1866 (juge Polette)<sup>49</sup>. Girouard analyse les décisions rendues dans l'affaire Brown successivement, en étant relativement critique de certains juges<sup>50</sup> :

- 
47. *Brown v. Curé de Montréal*, 21 novembre 1874, Edmund F. Moore, William MacPherson, Herbert Cowell, *The Law Reports : Cases Heard and Determined by the Judicial Committee and the Lords of Her Majesty's Most Honourable Privy Council*, Council of Law Reporting, London, 1875, p. 177 et svt. Voir sur l'affaire Guibord l'importante bibliographie recensée par Michel MORIN, « De la reconnaissance officielle à la tolérance des religions : l'état civil et les empêchements de mariage de 1628 à nos jours », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable »*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 53
48. *Plaidoiries des avocats in re Henriette Brown vs La Fabrique de Montréal*, Perreault, Montréal, 1870.
49. D. GIROUARD, « State and Church », préc., note 2, p. 140.
50. Il souligne le fait que « [t]he Honorable Mr Justice Mondelet decided that it was ecclesiastical burial and he ordered it to be performed holding that he had the power of reviewing and quashing the decision of the curate or of the bishop who had refused to perform it and in this point His Honor's judgment is plainly unfounded not only in law as we have seen but even in common sense »; *Id.*

All that relates to rights of a spiritual nature in whatever form to present themselves whether in the secrecy of the confessional or in the rites of baptism marriage sepulture and other like matters is withdrawn from the scrutiny of courts of justice. If the communion has been refused to a member of a congregation, if a minister has been deposed for heresy the Court cannot constitute itself supreme judge of the heresy or of the motives of refusal of communion under pretext of insult and slander in the one instance or of material damage in the other<sup>51</sup>.

L'affaire Guibord couronne la réflexion en matière de compétence dans les matières ecclésiastiques d'une juridiction civile. En première instance, le juge Mondelet fait valoir que l'appel comme d'abus existe dans le droit québécois comme il existait dans l'ancien droit français tel qu'appliqué en Nouvelle-France. Il choisit d'appliquer la coutume de Paris dans cette cause et juge de questions essentiellement ecclésiastiques au mépris de l'opinion du clergé contemporain. Le juge Mackay n'est pas totalement opposé à une intervention des juridictions civiles, même s'il souligne l'absence de cour ecclésiastique dans la province<sup>52</sup>. Au contraire du juge Mondelet, le juge Berthelot fait valoir que :

[s]i le nouveau souverain avait voulu voir exercer dans le pays nouvellement soumis à sa domination l'autorité judiciaire des parlements français en matière d'appel comme d'abus dans les causes ecclésiastiques il aurait établi des tribunaux à cette fin dont l'autorité aurait correspondu à celle du Parlement du royaume de France

---

51. *Id.*, p. 141.

52. « I will not adjudicate upon these questions involving the rights and powers of the Bishop and Curé as they have not been impleaded but I have no objection to say this and it may tend to quiet some minds that in all churches in Lower Canada there may be rules so touching matters spiritual that the civil Courts will not interfere about them. There are matters that fall to be disposed of only by such ecclesiastical jurisdictions as may exist in the various churches. We have no ecclesiastical Court such as is in England The Court of King's Bench in the case of the *Queen vs La Fabrique of Pointe Aux Trembles* 2 Rev de Leg p 53 recognized that some cases may be outside of its jurisdiction under our system it must be so », *Id.*, p. 141.

et à leur image et bien que cette Cour jouisse des même attributions judiciaires que celles du Conseil Supérieur en matières civiles, il est au moins bien douteux que la juridiction du Conseil Supérieur fut celle des parlements du Royaume en appel comme d'abus et je ne vois pas que ce tribunal puisse aucunement s'attribuer juridiction en matière spirituelle et ecclésiastique<sup>53</sup>.

L'argument est discutable, car effectivement, la Cour supérieure se substitue en tout point dans la juridiction du Conseil Souverain, qui agissait en effet en appel comme d'abus à l'instar des parlements de France. L'idée que cette compétence n'accompagne pas la nouvelle juridiction est douteuse, contrairement à ce que le juge Berthelot affirme. Les choix effectués lors de la réforme du système judiciaire au moment de la Conquête impliquent donc, selon Berthelot, une position de retrait par rapport à la pratique des juridictions gallicanes du régime français. Il voit dans le gallicanisme appliqué en France sous l'Ancien régime un dangereux précédent.

S'il en était autrement, il n'y aurait rien pour contrôler ce tribunal lequel étant choisi par un souverain qui n'est pas observateur des canons de l'Église de Rome et qui n'est pas lié par serment comme l'était le Roi de France à les faire observer, pourrait encore beaucoup plus facilement tomber dans les excès de juridiction dans lesquels sont tombés si souvent les tribunaux civils en France à l'égard des ecclésiastiques et de l'Église sous l'empire du droit gallican [...]. Ce serait contraire à ce qui a été garanti par les articles du traité de Paris aux catholiques du pays, c'est à dire la liberté entière du culte catholique romain suivant les rites de cette Église avec sa complète indépendance en tout ce qui s'y rattache dans le libre exercice et l'observation de ses canons et de ses règles de discipline [nos soulignements]<sup>54</sup>.

---

53. *Id.*

54. *Id.*, p. 141.



Par rapport au droit appliqué, dans la colonie, durant cette période, il lui semble nécessaire de réformer le dispositif juridique et la pratique au contexte de pluralisme religieux. Soulignant les logiques et les compositions différentes gouvernant les parlements et les juridictions canadiennes<sup>55</sup>, Berthelot relève que :

[...] si les tribunaux de ce pays tels qu'ils sont composés [...] devaient assumer ces fonctions et ces pouvoirs nous nous trouverions dans un chaos affreux. Des juges catholiques romains seraient appelés à dicter aux Évêques anglicans et autres dignitaires dissidents de la religion protestante ou de l'Église d'Écosse, l'interprétation des canons et des règles de discipline de ces églises en matières religieuses. Ils dicteraient, même aux Juifs, les pratiques de leur religion depuis celle de la circoncision jusqu'à celles pratiquées en cas de sépulture sans omettre celles de leur sabbat et à toutes les classes de dissidents, l'observance des règles d'une religion qui ne leur sont pas connues ou pour l'observance desquelles ces dissidents réclament une liberté complète. De même des juges protestants de quelque dénomination quelconque ou juifs de religion dicteraient aux Évêques catholiques et aux diverses classes de dissidents de l'Église d'Angleterre ou d'Écosse l'observance des canons de l'Église Romaine et les règles et l'observance de croyances différentes. Un pareil état de choses n'existe heureusement pas et ne peut exister ni se supposer. [Il] ne serait pas toléré par les différentes dénominations religieuses qui vivent en harmonie en Canada sous un tout autre régime. Et elles

---

55. « En outre les Juges qui composent les tribunaux civils du pays ne font pas d'études pour les qualifier à juger ces matières il en était bien autrement en France parce que n'y ayant alors qu'une religion d'État que le souverain était obligé de professer et jurait de faire respecter et observer il était tenu par cela même de créer des tribunaux pour le représenter et faire observer ce à quoi il était tenu par serment et par les lois de l'État et j'ai déjà cité les articles 71 et 72 des Libertés gallicanes rapportées par Pithou pour faire voir qu'à la grande chambre du Parlement qui avait juridiction en la matière il devait y avoir nombre égal de personnes des Pairs de France ce qui prouve une attention toute particulière dans la composition du tribunal. Dans le Canada il ne peut en être ainsi »; *Id.*

ne vivent en harmonie que parce que toutes sont également libres et protégées devant la loi par un système de tolérance judiciaire égal à la liberté des cultes. A chacune d'elles on peut appliquer l'expression de M. de Cavour et chaque membre de ces différentes dénominations religieuses peut répéter avec lui « Mon Église est libre dans l'État libre<sup>56</sup> [nos soulignements].

En appel, les juges Monk, Drummond et Caron sont partagés, même si l'opinion générale qui semble se dégager est que le changement de puissance coloniale a modifié la frontière en matière de matière mixte. Drummond fait valoir que :

Under the ancient French law the civil tribunals could intervene in these matters. The people and the Sovereign were Catholic. There was an intimate connection between Church and State and the Sovereign as a pledge of the protection extended to the church assumed the right in certain cases to intervene for the purpose of checking and repressing the abuses and encroachments which ecclesiastics sometimes committed. The cession of Canada to England changed this state of things. The guarantee of the free exercise of the Roman Catholic religion granted to the members of that faith and the fact that the new Sovereign was a Protestant necessarily changed the ancient state of things and rendered it as impracticable as dangerous for the State to intervene in ecclesiastical matters. If it were not for this want of jurisdiction I would have been disposed to order the burial to take place [nos soulignements]<sup>57</sup>.

Le juge Caron, plus prudent, refuse de s'engager dans une prise de principes généraux concernant les matières mixtes, comme relevant du temporel et du spirituel, adoptant une posture pragmatique, du cas par cas<sup>58</sup>.

---

56. *Id.*, p. 141.

57. *Id.*, p. 129.

58. « Je me contenterai de dire en passant qu'il me paraît extrêmement difficile de poser des règles générales quant à l'étendue et aux limites des deux juridictions l'ecclésiastique et la civile. Il est hors de tout doute que

L'affaire Brown, portée devant le Conseil Privé, est nourrie d'un argumentaire étoffé, donnant lieu à des interprétations fortes diverses, alliant la philosophie, la théologie, le droit, l'histoire, confrontant le lecteur bien souvent à de véritables conférences religieuses plutôt qu'à des plaidoiries : « [...] It was not until the cause was carried before the Court of Review where the judges constituted the sole auditory that the parties deemed it their duty to confine themselves to the merits of the case and to develop their respective pretensions of law »<sup>59</sup>. Cette affaire ne se termina qu'en 1874 avec la décision du Conseil privé de Londres qui ordonna d'inhumer Guibord au cimetière de la Côte-des-Neiges. La même logique fut reprise dans le reste du Canada, comme ce sera le cas dans l'affaire *Ash v. Methodist Church*<sup>60</sup>.

La posture des juridictions canadiennes est donc intermédiaire. Elles ne se substituent pas dans l'interventionnisme fort des juridictions d'Ancien régime français, ne s'emparant pas de toute l'ampleur de l'appel comme d'abus. Toutefois, elles s'autorisent à interpréter de manière large leur compétence en matière mixte, faisant entrer certains éléments culturels dans leur définition des matières mixtes, comme la question du droit à la sépulture ou la vérification des processus de nomination des membres du clergé. Ils esquissent alors une frontière « souple » à la manière des impressionnistes, marquant

---

dans tous les cas où les questions agitées sont purement ecclésiastiques les autorités ecclésiastiques sont seules compétentes à les juger mais la grande difficulté suivant moi est de distinguer les cas qui sont purement ecclésiastiques de ceux qui ne le sont pas en tout ou en partie. Il me paraît arriver si souvent que les sujets à décider sont mêlés de droit religieux et de droit civil que dans une infinité de cas les autorités ecclésiastiques ont besoin de l'intervention des tribunaux civils pour les aider dans l'exécution et l'accomplissement des droits et privilèges qui leur appartiennent incontestablement. Il me paraît donc que la question de juridiction dépend beaucoup des circonstances de chaque cas sans qu'il soit possible avec avantage de poser une règle générale. Comme la chose ne me paraît pas nécessaire dans le cas actuel je m'abstiendrai de poser cette règle me réservant de le faire en temps convenable »; *Id.*, p. 130.

59. *Id.*, p. 144.

60. *Ash v. Methodist Church*, (1901) 31 S.C.R. 497.

chaque terrain d'une ou de plusieurs décisions, en évitant soigneusement de s'engager sur les questions de grands principes au profit de solutions circonstanciées.

## **B. Les interventions juridictionnelles face aux communautés catholique et anglicane**

La diversité religieuse - tout d'abord binaire - est une donnée qui est induite naturellement par la création de la Province de Québec. Si les premiers temps de la colonisation laissent planer un climat plutôt antagoniste entre les deux communautés, dès la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, des voies accommodantes sont esquissées. Ainsi, certains britanniques suggèrent qu'anglicans et catholiques romains partagent les mêmes lieux de cultes, proposition écartée par Mgr Joseph-Octave Plessis. Ces nouvelles avenues s'ébauchent également face à des questions de migrations, de nouvelles communautés religieuses se faisant jour. Plusieurs réalités obligent à un rapprochement des aspirations religieuses et des réalisations juridiques. On peut tenter d'organiser le spectre de ces situations à travers certains domaines, institutions juridiques ou communautés religieuses. Bien sûr, certains de ces domaines ont été largement balayés, comme le mariage, la question de l'éducation religieuse ou le régime spécifique des seigneuries religieuses. D'autres, comme les questions de troubles à l'ordre public, sont plus originales et montre une ouverture de la part des juges à une certaine diversité religieuse.

### **1) L'implication des juridictions dans les réalités sacramentelles**

Certains juristes de la colonie, comme Sir James Stuart, avocat puis juge en Chef de la Cour d'Appel, semblèrent adopter cette posture restrictive, en retrait des pouvoirs anciennement accordés aux juridictions civiles françaises, le pouvoir des juridictions britanniques s'arrêtant aux questions strictement

civiles, comme le possesseur des cures<sup>61</sup>. Dans *Harnois v. Rouisse*, en 1844, le Juge Rolland semble avoir une lecture différente, puisqu'il intervient dans une affaire de dommages et intérêts, suite au refus, par un prêtre, de baptiser un enfant. Le juge possède une autorité sur le curé en tant qu'officier d'état civil, ayant la capacité d'obliger celui-ci à intégrer la naissance de l'enfant dans le registre. En l'espèce, il force le curé à procéder au baptême, ce qui constitue une ingérence dans les affaires spirituelles, le baptême étant avant tout un sacrement. Le juge Berthelot, dans l'affaire Guibord, en aura une lecture différente soulignant que si le curé Rouisse refusait de donner le baptême et d'enregistrer la naissance de l'enfant :

Comme curé, il était tenu à ces deux devoirs vis-à-vis de son paroissien. La circonscription des paroisses en ce pays n'appartient pas à l'autorité ecclésiastique exclusivement. Une fois la paroisse érigée civilement, tous les résidents catholiques dans cette enclave, ont le droit de s'adresser au curé, officier de l'état civil, représentant l'autorité ecclésiastique, pour leur rendre les devoirs qu'il leur doit comme tel : et le juge Rolland avait raison de rendre jugement contre Messire Rouisse en sa qualité de curé et officier de l'état civil. Rien dans ce jugement qui puisse blesser l'autorité ecclésiastique<sup>62</sup>.

Cette affaire appuiera la position du juge Mondelet, favorable à une lecture large des pouvoirs juridictionnels des tribunaux civils en matière religieuse, dans Guibord. Le juge Berthelot rapporte qui plus est, à cette occasion, une affaire d'enterrement (sans référence à une date ni des parties que nous n'avons pu retrouver) dans laquelle le juge Morin, se refusant à commander à un prêtre de dire la messe, d'administrer des sacrements ou de faire des prières, souligne néanmoins qu'il est possible à une juridiction de vérifier l'application du dogme et la cohérence entre les préceptes et les règles d'une église et leur

---

61. D. GIROUARD, « State and Church », préc., note 2, p. 121.

62. *Id.*

application, le refus du respect de ses propres règles par une Église se résolvant alors en dommage et intérêt :

Je pense que la cour n'a pas plus d'autorité pour ordonner des prières et des cérémonies protestantes que catholiques. Si dans une religion comme dans l'autre, ces prières avaient été refusées contrairement aux règles de l'Église dont il s'agirait, et par des motifs non justifiables, je me croirais obligé de prendre connaissance des refus comme réductibles en dommages-intérêts<sup>63</sup>.

En matière d'enterrement encore, l'affaire *Wurtèle vs. The Lord Bishop of Quebec*<sup>64</sup>, donne l'occasion au juge Meredith de faire valoir que les juges doivent « divest the Church of England of the authority which it has at all times possessed, of determining upon the places that ought to be set apart for the burial of the dead, who have died in the communion of that Church »<sup>65</sup>. Si la question des sépultures donna donc aux juges l'occasion de se prononcer sur leur propre compétence, d'autres situations de conflits entre juridictions ecclésiastiques et civiles agitèrent les prétoires durant le XIX<sup>e</sup> siècle.

## 2) La question du mariage

Ce domaine, largement balisé par la jurisprudence jusqu'alors, et ayant fait l'objet d'une analyse détaillée par Michel Morin<sup>66</sup>, provoqua quelques effets de toges au regard de la valeur

63. D. GIROUARD, « State and Church », préc., note 2, p. 121.

64. Duval et Meredith JJ, Superior Court Quebec (1851).

65. Cité dans D. GIROUARD, « State and Church », préc., note 2, p. 124.

66. Michel MORIN, « Le pluralisme religieux et juridique en matière d'état civil et de mariage, 1774-1721 », dans Lorraine DEROCHE, Claude GELINAS, Sébastien LEBEL-GRENIER et Pierre-C. NOËL (dir.), *L'État canadien et la diversité culturelle et religieuse, 1800-1914*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, p. 3-20.; Michel MORIN, « De la reconnaissance officielle à la tolérance des religions : l'état civil et les empêchements de mariage de 1628 à nos jours », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable »*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 53.

des mariages mixtes entre colons et amérindiens<sup>67</sup> vis-à-vis du mariage catholique. Publié intégralement dans *The Lower Canada Jurist* (70 pages de décision) ainsi que dans un pamphlet en 1867<sup>68</sup>, l'affaire Connolly marque un moment clef de la réflexion juridique en la matière<sup>69</sup>. En 1803, William Connolly a épousé une Amérindienne Crie du nom de Suzanne Pas-de-nom, à Rivière-aux-rats, dans le pays de Rebaska (ou Athabaska, Baie d'Hudson). Le mariage fut célébré suivant les us et coutumes du pays, mais n'a pu être solennisé, car il n'y avait aucun officier présent sur les lieux. Ils ont vécu ensemble de 1803 à 1832 et eurent plusieurs enfants, dont le plaignant à la cause. William Connolly est décédé à Montréal le 3 juin 1849, en laissant un héritage important, autant dans le Bas-Canada que dans le Haut-Canada. Mme Connolly, d'origine amérindienne, est décédée le 14 août 1862, faisant ainsi du plaignant son héritier<sup>70</sup>. Le 16 mai 1832, William Connolly s'est marié avec Julia Woolrich à Montréal, suivant la tradition de l'Église catholique romaine. Les défenseurs allèguent donc que William Connolly ne fut jamais marié avec Suzanne Pas-de-nom, et qu'aucune communauté de biens n'a pu exister entre eux. De plus, en 1848, Connolly a écrit un testament léguant toutes ses propriétés à Julia Woolrich et deux de ses enfants<sup>71</sup>. Les enfants de Suzanne considèrent que le mariage, selon la loi crie, était valide, que cette loi était reconnue par les systèmes juridiques européens, et que donc, le second mariage devait être déclaré nul. Le débat a essentiellement porté sur le caractère légal

- 
67. Sur ce type de mariage, voir notamment Jay NELSON, « « A strange Revolution in the Manners of the Country » : Aboriginal-Settler Inter-marriage in Nineteenth-Century British Columbia », in John MCLAREN, Dorothy Ellen CHUNN, Robert J. MENZIES, *Regulating Lives : Historical Essays on the State, Society, the Individual and the Law*, UBC Press, 2002, p. 23.
68. *John Connolly, plaintiff v. Julia Woolrich, defendant and Thomas R. Johnson, et al., executors and defendants* par reprise d'instance. Montreal, Montreal Printing & Publishing Co. (ed.), 1867.
69. Sur le contexte, voir Sidney L. HARRING, *White Man's Law: Native People in Nineteenth-Century Canadian Jurisprudence*, University of Toronto Press, Toronto, 1998, p. 169.
70. *Connolly vs Woolrich and Johnson et al.*, Cour supérieure, Montréal, 9 juillet 1867, *The Lower Canada jurist*, vol XI, p. 197, à la p. 198.
71. *Id.*, p. 198 et 199.

du mariage entre William Connolly et Suzanne, avec pour enjeu sous-jacent la question de savoir si la common law britannique prévalait à cette époque sur le territoire de la Baie d'Hudson. S'il fallait répondre par l'affirmative, le mariage amérindien n'entraînerait nécessairement aucune obligation légale, car il ne fût pas officialisé selon les lois britanniques. Le juge considère que si la common law s'appliquait à ce territoire, elle ne s'appliquait qu'aux membres de la Compagnie du Nord-Ouest (dont William Connolly était un membre éminent). Elle ne s'appliquait pas aux amérindiens, et ne modifiait pas les lois de ces derniers<sup>72</sup>. Selon le juge Monk, la Charte de la Compagnie a introduit la loi anglaise, mais elle n'a pas eu pour effet d'abroger les lois amérindiennes. Celles-ci restent sous la protection de la Couronne britannique. Le parlement britannique n'a pas davantage agit contre ces normes.

This Indian custom or usage is, as regards the jurisdiction of this Court, a foreign law of marriage; but it obtains within the territories and possessions of the Crown of England, and until it is altered, I cannot disregard it. It is competent – it has been competent during the last hundred years, for the parliament of Great Britain to abrogate those Indian laws, and to substitute others for them. It has not thought proper to do so<sup>73</sup>.

Ces normes amérindiennes s'appliquaient autant à William Connolly que les lois anglaises<sup>74</sup>, lors de sa présence dans la Baie d'Hudson, inscrivant la réalité maritale dans un cadre de droit naturel et de droit des gens.

By the law of nature, a man and a woman without religion or law have the right, it is said, to form a union upon such conditions as they may choose to impose. By the law of nations, all communities which observe that law, have agreed to recognize as husband and wife persons of the opposite sexes, who in their union have observed and fulfilled all the laws in force relative to matrimony, in the

---

72. *Id.*, à la p. 214.

73. *Id.*, p. 249.

74. *Id.*, p. 214.



country which they inhabit and where the union is formed; and by the Civil law, each nation has established certain formalities upon the observance of which the validity of marriage depends. [...] Among the chosen people and the heathen nations of antiquity, before the teachings of Christ, marriage in many respects was not unlike that described as existing among the aboriginal inhabitants of this continent. We must in regard to many of these nations always except the facility of divorce and repudiation<sup>75</sup>.

Soulignant le caractère indissoluble du mariage catholique<sup>76</sup> tout en évoquant les exemples de la législation impériale romaine permettant le divorce<sup>77</sup>, le juge Monk reprend la doctrine de l'Église, qui fait du consentement le cœur du sacrement du mariage : « they show that consent was the main element in the contract, that religious or other ceremonies were not, in every case, essential »<sup>78</sup>. Contextualisant la logique de la législation organisant le mariage, il souligne son caractère protecteur, fondé sur un consentement de bonne foi :

The laws which control marriage in civilized countries are intended to operate as a protection and not a prohibition. It is to be presumed that parties in barbarous or foreign countries, are to be entitled to an exemption from the strict rule, whenever it is shown that insupportable obstacles alone had occasioned the deviation from established forms; and if it appears at the same time that the marriage, although irregularly had, is in fact a bona fide marriage, free from all suspicion of fraud and clandestinity; for the law of England, in prescribing a form for its own subjects does not compel them to impossibilities<sup>79</sup>.

---

75. *Id.*, p. 215.

76. *Id.*, à la p. 216.

77. *Id.*

78. *Id.*, p. 220.

79. *Id.*, p. 224.

Considérant que Connolly avait agit publiquement avec Suzanne comme sa légitime épouse<sup>80</sup>, qu'il lui était loisible de divorce selon le droit Cri<sup>81</sup> et qu'il ne l'avait pas fait, le juge Monk reconnaît la valeur de l'union selon les rites Cris.

I come, therefore, to the consideration of the proof which he has adduced of his father and mother's marriage and this evidence, if admissible and sufficient in law, resultants (1<sup>st</sup>) from a cohabitation of twenty-eight years, during which time they were reputed to be husband and wife - had the status of married persons, and were known and acknowledged as such by all the world; and (2<sup>nd</sup>) from Mr. Connolly's repeated and solemn declarations that he had married his Indian wife according to the usages and customs of her tribe or nation, and also from the statements of Mrs. Connolly herself, that she had been married in the manner described by William Connolly. [...]  
For all these reasons, I'm clearly of opinion that this case comes under the operation of the general rule of the *lex loci contractus* above referred to, and that the marriage is valid without any formal contract<sup>82</sup>.

Au regard de la communauté de biens entre les époux, le juge conclut que le domicile de William Connolly demeure au Canada (dans la région de Montréal, étant né à Lachine). Pour changer de domicile, il aurait fallu démontrer que Connolly

---

80. "If Mr. Connolly, whose moral character seems to have been without reproach, desired, whether from feeling or interested motives, to take this Indian maiden to his home, he had one of three courses to pursue: that was, to marry her according to the customs and usages of the Cree Indians, - to travel with her between three and four thousand miles, to have his marriage solemnized by a priest or a magistrate - or to make her his concubine. I think the evidence in this case will clearly show which of these three courses he did adopt, and which of them, during a period of twenty-eight years, he honorably and religiously followed"; *Id.*, p. 225.

81. « Un usage parmi les « barbares » permettait de dissoudre l'union entre deux époux à tout moment, sans autre formalité. Néanmoins, pour procéder ainsi, William Connolly aurait dû le faire en sol amérindien. En revenant au Canada, il se trouvait assujetti à la loi britannique, qui interdisait un tel divorce », *Id.* p. 255.

82. *Id.*, à la p. 232.

désirait s'établir de manière permanente dans le territoire de la Baie d'Hudson, ce qui ne fût pas le cas. Même la présence d'une résidence matrimoniale à Rivière-aux-Rats ne peut changer cela. En effet, Connolly aurait toujours eu l'intention de quitter cet endroit après avoir fait fortune pour retourner à son lieu de naissance. Par conséquent, conclut le juge, suivant la loi et les usages au Bas-Canada, il existait une communauté de biens entre William Connolly et son épouse amérindienne, et le plaignant, fils de ceux-ci, a droit à une partie de la succession de son père. Le juge Monk conclut, compatissant envers les membres de la seconde famille : « The law is with him. I am called upon to administer it, and I am forced to the conclusion that the marriage with the Cree woman was valid; that I am bound to recognize it as such, and to so adjudge; and I am bound, however painful it may be, to declare that the second marriage was and is an absolute nullity [nos soulèvements] »<sup>83</sup>. Malgré cette affaire exemplaire, mais relativement circonstanciée, le contentieux marital représente une faible portion de l'activité judiciaire en comparaison des questions posées par l'activité des communautés religieuses en matière d'éducation et de patrimoine foncier.

### 3) La question de l'éducation religieuse

L'éducation constitue bien évidemment un des enjeux majeurs de l'évolution normative face aux revendications religieuses. Bien évidemment, plusieurs interventions législatives ont émaillé le siècle, notamment au cours de la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, par la loi sur l'institution royale en 1801, la loi sur les écoles de fabriques en 1824, et enfin, la loi sur les écoles de syndics en 1827<sup>84</sup>. Ces trois normes, soumises à des contingences politiques différentes, reflètent une valse hésitation qui aboutira, *in fine*, à un renforcement de l'Église catholique dans le domaine. Le monopole de l'Église catholique en matière d'enseignement

---

83. *Id.*, p. 258.

84. Pour une analyse plus approfondie de ces trois textes, voir D. GILLES, « Réformer le droit face aux revendications et aux pratiques religieuses dans la Province de Québec 1763-1867 », XXII (2013) AFHIP, *La dynamique du changement politique et juridique : la Réforme*, p. 329-348.

semble dans un premier temps battu en brèche par la loi sur *l'Institution royale*<sup>85</sup> érigeant l'État comme l'un des principaux responsables du champ éducatif. L'adoption de la législation scolaire en 1801, sous la férule de Craig, marque un coup de frein dans les relations harmonieuses entre Église catholique et Gouvernement. Cette loi affirme la responsabilité de l'État en matière d'enseignement primaire, et place le système scolaire sous le contrôle de protestants. Cette loi soumet le système d'éducation au contrôle des autorités religieuses anglicanes anglaises en instituant des écoles royales, publiques et gratuites, moyennant une taxe scolaire. Il s'agit d'une première prise en charge de l'éducation par l'État, bien que la contribution financière du gouvernement était réduite à la rémunération des maîtres. La loi sur les écoles de Fabriques de 1824<sup>86</sup>, place, a contrario, le contrôle de l'enseignement dans les mains des curés et des marguilliers, l'Église catholique étant alors responsable entièrement. Enfin la Loi des écoles de syndics (1827)<sup>87</sup> vient compléter les institutions mises en place par les deux lois précédentes. Elle reflète, symboliquement, la suprématie de l'Assemblée en matière d'éducation à partir de cette date. Concurrençant les deux autres institutions scolaires, cette structure donne davantage de pouvoir à la population, et mène à une éducation plus laïque et démocratique, laissant la main libre aux propriétaires terriens qui élisent les cinq mandataires formant les syndics, qui régissent eux-mêmes les écoles.

Face à ces évolutions, les communautés religieuses<sup>88</sup>, notamment catholiques, deviennent des acteurs du monde judiciaire, travaillant au développement d'un régime spécifique propre à ces institutions, cherchant à étendre les avantages

---

85. *Acte pour l'établissement d'écoles gratuites et l'avancement des sciences dans cette province* ou loi dite de *l'Institution royale*, 41 George III, c. 16-17.

86. *Acte pour faciliter l'établissement et la dotation d'écoles élémentaires dans cette province* ou la loi dite *des écoles de fabrique*, 4 Georges IV, c. 30-31.

87. *Acte pour encourager l'éducation*, 9 Georges IV, c. 45-36.

88. Voir Guy LAPERRIÈRE, *Congrégations religieuses : Premières bourrasques 1880-1900*, PU Laval, Ste Foy, 1996.

accordés à la fonction éducative vers la fonction culturelle<sup>89</sup>. La question fiscale agite les débats judiciaires, les communautés cherchant à obtenir une extension de leurs biens exemptés, alors que les municipalités cherchent, au contraire, à imposer une interprétation restrictive des exemptions à fins éducatives, comme c'est le cas dans l'affaire *Les commissaires d'Écoles de St-Gabriel v. les sœurs de la Congrégations de Notre-Dame de Montréal*<sup>90</sup>.

#### 4) Le contentieux des bancs d'églises

La question des bancs d'églises, qui peut nous sembler très anecdotique, oblige néanmoins les tribunaux à statuer à de nombreuses reprises. Dans l'affaire *Héritier Tremblay v. Fabrique de St Irénie* (1887), la question posée porte sur l'action en retrait pour obtenir la concession d'un banc d'église intentée par le fils de l'ancien locataire contre la Fabrique et le nouveau locataire. Une telle action n'est pas une action réelle selon les juges. Ceux-ci

---

89. Ainsi en 1889, la Ville de Montréal a poursuivi les sulpiciens pour récupérer 361,90 \$ pour la construction d'un égout en face de leur propriété. (*Cité de Montréal v. Les Ecclésiastiques du Séminaire St Sulpice de Montréal* (1889), 14 A.C. 660 à 662; *Les Ecclésiastiques de St-Sulpice de Montréal c. La Cité de Montréal* (1889), 16 S.C.R. 399). Ceux-ci alléguèrent qu'ils n'avaient pas à payer la taxe, en étant exemptés (41 Vic. Ch. 6 sec. 26.), car il s'agit d'une institution d'éducation ne recevant aucune subvention de la Cité. La Cour suprême a accepté d'entendre l'appel, considérant que "such like matters or things where the rights in future might be bound, in par. 6 of sec. 29 of the Supreme and Exchequer Courts Act". Il s'agissait de savoir si l'exemption de taxes scolaires et municipales accordée par les statuts du Bas Canada, comprend aussi l'exemption de cotisations spéciales imposées sur la propriété immobilière pour améliorations dans une localité particulière de la municipalité. Les juges soulignent qu'avant l'adoption de la sec. 26, le principe de l'exemption de taxes scolaires en faveur des institutions d'éducation était déjà introduit dans les lois de la province de Québec, et notamment, dans le ch. 15 de l'acte des écoles communes, sec. 77, par. 2 (*Les Ecclésiastiques de St-Sulpice de Montréal c. La Cité de Montréal* (1889), 16 S.C.R. 405). Ils considèrent, in fine que les termes employés sont d'une généralité si complète et si absolue qu'il n'y a pas à se méprendre sur leur signification – « toutes cotisations municipales » comprenant toutes cotisations municipales quel qu'en soit la nature.

90. CSC (1886) SCR XII p. 45 et 724.

soulignent que l'erreur au registre dans la mention de la rangée du banc ne vicie pas le titre du concessionnaire surtout lorsqu'il est établi qu'il l'a possédé pendant vingt ans<sup>91</sup>. L'intérêt de cette décision est essentiellement la question du droit applicable. Les juges font valoir que la préférence accordée aux enfants par la déclaration du 9 juin 1723 spécifique au Canada<sup>92</sup> (Règlement que le Roi veut être observé au sujet de la concession des bancs dans les églises du Canada) répondait à un fort contentieux devant les juridictions de la Nouvelle-France (notamment par le Conseil Supérieur le 2 mai 1718 et le 7 juillet 1721). Le souhait du roi, à l'époque, était de soulager les fabriques d'un lourd contentieux, en organisant spécifiquement le régime des bancs pour la Nouvelle-France. Les juges poursuivent cette volonté, en appliquant le règlement de Louis XV qui avait été enregistré par le Conseil Supérieur. Dans le même ordre d'idée, dans la cause *Champagne vs. Goulet* (1884)<sup>93</sup> il a été jugé que lorsque la fabrique fait des changements dans la distribution des bancs, elle peut forcer les paroissiens à accepter un nouveau banc correspondant à l'ancien, le paroissien n'ayant pas le droit de suivre son banc même si celui-ci est confié à un locataire.

## 5) Réalité patrimoniale et fiscale

De manière plus intéressante, l'affaire *Les commissaires d'école pour la municipalité scolaire du village de Varennes c. le révérend Joseph Théberge*<sup>94</sup>, met de l'avant la réalité patrimoniale et fiscale<sup>95</sup>, puisque la question du devenir fiscal des terres -

91. *Héritier Tremblay vs La Fabrique de St Irénie et al.* C.S.R. Québec 31 mars 1887 (Casault J. Caron J. et Andrews J.) 13 *R.J.Q.* 26; voir le jugement de la Cour Supérieure à la Malbaie du 5 février 1887 (Cimon J.) 10 *LN* p. 82.

92. Québec. Assemblée législative. *Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'État du roi concernant le Canada*. Québec, E.-R. Fréchette (éd.), 1854-1859, 3 volumes, vol. I, p. 480.

93. CASAULT J., PLAMONDON J. et CARON J., CSR Québec 30 décembre 1884.

94. *La Revue Légale, Recueil de jurisprudence et d'arrêts* (ci après R. L.), Wilson et Lafleur, 1889, vol. 18, p. 61.

95. Voir également « Cité de Montréal et The Rector and Church Wardens of Christ Church Cathedral », 17 R. L. 533.

distinctes du terrain sur lequel est construit l'église, le presbytère et le cimetière - est jugée. La Cour de circuit le 4 septembre 1889 considère celles-ci comme sujettes aux taxes scolaires, ces terres appartenant à la Fabrique et au curé. Le jugement repose sur la finalité de la terre en question, qui, contrairement à ce qu'affirme le curé, n'est pas destinée à la fabrique et à l'œuvre religieuse, mais destinée à conférer un revenu au curé et de l'obliger en retour à exécuter une obligation légale des paroissiens (soit l'entretien des biens en l'espèce)<sup>96</sup>. L'affaire des *Syndics de la Lacolle vs. Gédéon Duquette*<sup>97</sup>, montre la difficulté de conjuguer la pluralité religieuse. Les syndics de la paroisse ont poursuivi un paroissien au sujet de sa cotisation d'église, celui-ci alléguant de sa foi baptiste. La Cour Supérieure, dans une décision assez surprenante, a jugé qu'une personne qui est née dans la foi catholique romaine ne peut s'exempter des obligations civiles qui sont celles des catholiques romains par le fait qu'elle a cessé de pratiquer sa religion et qu'elle a suivi le culte d'une église protestante. De plus, cette personne peut être interrogée sur sa croyance et son refus de répondre sera interprété comme une admission qu'elle n'a pas changé sa religion<sup>98</sup>.

---

96. Statuts du Québec de 1869, 32 Vict. sec. 13 chap. 16 ainsi que sec. 17 ch. 15 des Statuts refondus du Bas Canada, amendé par la sec. 26 du chap. 6 des statuts du Québec de 1878, 41 Victoria.

97. Circuit Court, St-John P.Q.

98. « Qu'un catholique, qui s'est fait protestant, ne peut être cotisé pour la construction d'une église catholique, quoiqu'il ait fait des actes que les catholiques seuls pouvaient faire, et qu'il ait demandé la construction de l'église en question », (*Les syndics de Lachine vs. Joseph Laflamme, The Lower Canada Jurist*, vol. 6, page 226 et p. 258; Au contraire, le juge Sicotte de la Cour de Circuit (14 juin 1871) considère qu'un jugement déboutant une action contre le défendeur sur la poursuite du demandeur actuel pour le recouvrement d'un versement réclamé comme cotisation pour la construction d'une église catholique romaine parce que le défendeur n'était pas un catholique romain mais était un baptiste était chose jugée entre les parties et pouvait être ainsi invoqué contre une action subséquente pour un autre versement bien que les demandeurs dans cette action subséquente allèguent et prouvent une confession de foi comme catholique romain antérieure à l'homologation du rapport des syndics *Les syndics de Lacolle vs Gédéon Duquette, The Lower Canada Jurist*, (1891) vol. 14, p. 304.

Enfin, plus emblématique car faisant appel à des principes gouvernant le respect juridique de la foi, la cause *Kimpton c. La Compagnie du Chemin de fer du Pacifique Canadien, Kimpton et al.* rejette la possibilité de poser une condition excluant un bénéficiaire d'une clause au prétexte qu'il ne professe pas une religion spécifique. En l'espèce, il s'agit d'une donation faite par Sarah Kimpton, de terres comportant une substitution, qui seront par la suite utilisées afin d'accueillir le chemin de fer. La condition, insérée dans l'acte de donation fait en 1864, comportait une substitution qui ne pouvait être recueillie que « par celui ou ceux qui professeront une religion déterminée », en l'occurrence la religion protestante. Se fondant sur le chapitre 175 des Statuts du Canada de 1851, (14 et 15 Victoria)<sup>99</sup>, repris dans le chapitre 74 des Statuts Refondus du Canada<sup>100</sup>, les juges déclarent

[...] que l'égalité de toute dénomination religieuse est un principe fondamental de notre politique civile et de la législation coloniale et que le libre exercice et la jouissance de la profession et du culte religieux sans distinction ni préférence sont permis par la constitution et les lois de cette province à tout sujet de Sa Majesté en icelle<sup>101</sup>.

Ils ajoutent que la liberté de professer l'une ou l'autre religion est désormais d'ordre public, le droit du Canada se distinguant ainsi de l'Angleterre et de la France sous l'ancien et le

---

99. *Acte pour abroger cette partie de l'acte du Parlement de la Grande Bretagne passé dans la trente et unième année du règne du Roi George trois, chapitre trente un qui se rapporte aux Rectoreries et à la nomination des titulaires à icelles et pour d'autres fins liées aux dites Rectoreries*, 14 & 15 Vict., c. 175.

100. « [...] l'admission de l'égalité aux yeux de la loi de toutes les dénominations religieuses est un principe reconnu de la législation coloniale [...] il a été statué que le libre exercice et la jouissance de la profession et du culte religieux sans distinction ni préférence sont permis par la constitution et les lois de cette province à tout sujet de Sa Majesté en icelle », *Kimpton c. Kimpton*, 16 R.L. 375.

101. *Id.*



nouveau droit<sup>102</sup>. Ces dispositions ont ainsi pour effet de déclarer, d'ordre public, la liberté de professer l'une ou l'autre religion, l'art. 760 du C.c.B.C. conduisant à l'annulation de la condition, mais non de la disposition prévoyant la substitution des branches. Par l'application des Statuts refondus de manière large, en faisant de ce principe inséré dans l'octroi des Rectories, un principe général de droit au Canada et en se démarquant de la France et de l'Angleterre, le Canada s'inscrit dans une culture plus largement ouverte à la pratique religieuse, quelque soit l'héritage religieux dans lequel les premiers colons se placèrent. Dans l'affaire des *Curés et Marguilliers de Verchères*, remontée jusqu'au Conseil Privé, la question des pouvoirs et devoirs des fabriques s'affirme. Le conseil statua à cette occasion :

Que les fabriques ne peuvent pas tenter une action pour autre chose que l'administration courante de leur charge ou la collection de leur revenu ordinaire ou de leurs dettes, sans l'autorisation du corps des paroissiens, et elles seront déboutées de leurs actions si elles ne sont autorisées que par les Marguilliers anciens et nouveaux<sup>103</sup>.

Enfin, l'affaire des *Marguilliers de Notre-Dame de Montréal* (1892) concerne la dynamique propre de la paroisse à travers la question de l'élection des marguilliers, dont la validité de la procédure est analysée par le juge Pagnuelo<sup>104</sup> et face à laquelle les tribunaux civils peuvent s'immiscer dans le fonctionnement des procédures de l'institution. Bien évidemment, les nombreuses constructions et marchés d'entrepreneuriats liés à la construction ou la rénovation des lieux de cultes entraînent une intervention

---

102. Sur la criminalisation du religieux, voir l'excellente étude de Marie-Pierre Robert, « Des crimes religieux : aux conflits du droit pénal et de la liberté de religion », (2009) 50 *Les Cahiers de Droit* 663.

103. *Les curés et Marguilliers de la Paroisse de Verchères v. la Corporation de la paroisse de Verchères*, 6 mars 1875, Privy Council, *The Law Journal Reports*, vol. 44, E.B. Ince, 1875, p. 34.; *Fabrique de Verchères. Corporation de Verchères*, 19 L.C.J. 141.

104. *L'affaire des Marguilliers de Notre-Dame de Montréal*, texte du jugement rendu par l'honorable juge Pagnuelo, samedi, le 17 janvier 1892, Montréal, 1892.

des juridictions civiles qui agissent alors très largement en occultant le fait religieux, et en agissant comme s'ils se trouvaient face à un régime spécial dérogatoire classique<sup>105</sup>. Enfin, la question des seigneuries et des terres possédées par des communautés religieuses doit être traitée spécifiquement, et si des régimes dérogatoires ont été créés, notamment lors de l'abandon du régime seigneurial, c'est davantage la spécificité de l'héritage domanial des communautés qui est en cause que le fait religieux à proprement parlé<sup>106</sup>.

### **C. Les interventions juridictionnelles face à la diversité culturelle montréalaise**

#### **1) Les méthodistes**

En 1884, l'affaire *La Cité de Montréal c. James Madden et al.*<sup>107</sup> met en scène d'autres groupes religieux, dans un contexte différent, loin de la défense patrimoniale mais confrontant le prosélytisme religieux. Les méthodistes disposèrent de prédicateurs dans la ville dès 1803, en lien avec The Methodist Episcopal Church of the United States, mais l'implantation d'une véritable communauté date de 1814-1815, avec un groupe d'une cinquantaine de membres rattachés au Methodist British Conference, la Methodist Episcopal Church in Canada prenant son essor en 1828<sup>108</sup>. La communauté méthodiste bénéficia de l'appui de John Torrance, professeur de droit Romain à McGill - surnommé Justinien par ses étudiants - qui, membre influent de la communauté méthodiste de St-Gabriel Church, contribua largement à l'édition du *The lower Canada Jurist*. En l'espèce, les

105. Voir H LANGEVIN, *Droit administratif, ou Manuel des paroisses*, préc., note 42, p. 14 et ss.

106. Sur cette question voir David GILLES, « Adapter la norme à la réalité religieuse : l'abandon du régime seigneurial et les communautés religieuses québécoises », (2014) *RJT* à paraître.

107. *La Cité de Montréal c. James Madden et al.*, (1884) 29 L.C.J. 134. (S.C.), Cour du recorder, Montréal, 23 décembre 1884, *The Lower Canada Jurist*, (1885) 29, p. 134 et 135.

108. Robert CAMPBELL, *A history of the Scotch Presbyterian Church, St Gabriel Street*, Montréal, 1887, p. 315.

défendeurs, membres d'un groupe méthodiste de l'Armée du Salut, sont sortis le 14 décembre 1884 de la salle Weber, rue St-Jacques en chantant des hymnes et en jouant du tambourin au milieu d'une grande foule, ce qui troubla la paix publique. L'objectif de ce groupe religieux était, par ses parades, d'attirer les pêcheurs à entendre la parole divine et « devenir meilleur ». Or, la section 3 du règlement 42 de la Ville de Montréal interdisait ce type d'évènement<sup>109</sup>. Les participants sont arrêtés et contestent, à la fois, leur arrestation et l'interdiction présumée de leur activité prosélyte. Le juge, prenant clairement parti pour les défendeurs, s'engage sur le chemin d'une acceptation du pluralisme religieux, fondé sur la sincérité de la croyance, annonçant bien loin les cadres de la formulation moderne de la Cour suprême du Canada de la croyance réelle et sincère<sup>110</sup> :

Qui a arrêté les défendeurs? Sont-ce des protestants ou des catholiques? Les défendeurs eux-mêmes sont-ils protestants ou catholiques? Moi-même, je n'en sais rien, mais une religion m'enseigne que s'ils ont été baptisés et s'ils sont sincères dans leurs croyances, ils sont catholiques. Ils n'ont rien commis qui soit mal en soi. Ils ont passé dans les rues en chantant des hymnes à la divinité et ils n'ont fait en cela que des actes semblables à ceux que font les catholiques dans leurs processions. On peut les traiter de fous ou d'ignorants, mais ainsi ont été traités tout ceux qui ont converti le monde et qui ont abandonné le plaisir pour se mettre à prêcher à la suite de celui qui a poussé la folie jusqu'à la mort de la croix. Mais tous ceux qui sont sincères dans leur religion ont pour grand devoir d'obéir aux lois du pays où ils se trouvent, pourvu que ces lois ne soient pas contraires à la loi

---

109. « Personne ne se servira d'aucune cloche, cors ou trompette ou autre instrument résonnant (sauf et excepté dans les processions ou cérémonies religieuses ou militaires); ni n'emploiera aucun moyen, ou ne fera aucun bruit ou geste de nature à attirer la foule dans les rues ou autres endroits publics, et à y gêner la circulation, pour aucune cause quelconque, sans une permission écrite du maire à cet effet »; *Id.*, p. 134.

110. Pour une application récente de ce principe, voir *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72.

naturelle, à la loi divine, car alors il vaut mieux obéir à Dieu qu'aux hommes<sup>111</sup>.

Le juge rejette alors les accusations, les défenseurs n'ayant pas violé intentionnellement le règlement.

C'est encore le caractère public des célébrations méthodistes qui est en cause dans l'affaire *The King v. Gauthier* (1905)<sup>112</sup>. Les méthodistes de l'Armée du Salut avaient leur établissement central au centre-ville de Montréal. En septembre 1905, ils décidèrent d'établir un établissement dans la municipalité de Saint-Louis du Mile-End. Comme à leur habitude, ils tinrent des réunions en plein air, où ils chantaient et priaient, attirant ainsi un certain nombre de curieux. La preuve présentée devant les juges montre que de telles manifestations n'attiraient pas seulement la curiosité de ces gens mais également leur hostilité. Pierre Gauthier est accusé d'avoir troublé la réunion s'étant tenue le mercredi 6 septembre, ayant eu lieu dans les locaux de l'Armée du Salut. La présence de ces rencontres religieuses dans le Mile-End avait retenu l'attention des citoyens, et l'accusé, en ayant entendu parler lors du souper, avait décidé de s'y rendre pour voir de quoi il s'agissait. Lorsque la cérémonie religieuse débuta, il s'approcha de la scène, et resta debout, refusant de s'asseoir, malgré la persistance des fidèles. À un moment, il déclare à la foule : « Que ceux qui comprennent ce que je dis en français se lèvent ». Une majorité des gens présents dans la salle se levèrent. Il déclara alors : « Mesdames et Messieurs, je suis catholique et canadien-français comme la plupart d'entre vous. Vous êtes catholiques comme moi-même et nous ne devons pas rester ici dans cette salle. Sortez d'ici ». L'accusé quitta la salle avec une majorité du public. Le responsable de l'Armée du Salut, le capitaine Moore, alerta alors la police, sous prétexte qu'il s'agissait d'une tentative de troubler la réunion. L'accusé fût applaudi par la foule à l'extérieur, qui commença alors à lancer des projectiles, cassant des fenêtres et blessant le capitaine

---

111. R. CAMPBELL, « A history of the Scotch Presbyterian Church, St Gabriel Street », préc., note 107, p. 135.

112. *The King v. Gauthier* (1905), 11 C.C.C. 263.

Moore. À la demande de la police, Gauthier aida cependant à disperser la foule. Une plainte fût déposée sous l'égide de l'article 173 du Code criminel, pour avoir troublé une rencontre religieuse. Le juge pose comme principe que :

In deciding whether or not the law has been violated by this interference, one has to consider the statut and rights of the Salvation Army, not only in the streets, but in the rooms they hire for their own purposes. [...] I think I'm quite right in saying all citizens of all religious denominations disapproved of these public and street manifestations<sup>113</sup>.

Il ajoute, s'appuyant sur *Cité de Montréal c. Madden*, que, si les prières publiques de l'Armée du Salut doivent être respectées à l'extérieur, elles doivent l'être à fortiori dans leurs locaux :

[...] It seems to me that there can be no question that in what he did the accused transgressed the law in attempting to interfere and discipline that meeting. It must not be permitted to an individual to attempt to impose a discipline over a religious assembly which the Legislature itself has not seen fit to exercise, and make a interference which the Courts have invariably condemned. I should feel [...] that I was justified in assuming that the accused had the intention of accomplishing what he did accomplish, and that he went there with the intention of actually breaking up that meeting. [...] I accept his (the accused) statement that his intention merely was to withdraw from that meeting those who were his co-religionists, but the defendant overlooked the fact that these were exactly the people whom the Salvation Army had gone to Mile End to endeavour to secure, and that under the decision of the late Mr Recorder de Montigny they were within their rights in using their proceedings in the streets for attracting just those people, and inducing them to come to the meeting<sup>114</sup>.

---

113. *The King v. Gauthier* (1905), 11 C.C.C. 263.

114. *Id.*

Enfin, la Cour suprême eut également l'occasion d'intervenir en matière de dogme méthodiste lors de l'affaire *J. C. Ash c. The Methodist Church* en 1901<sup>115</sup>. En l'espèce, Ash a été démis de ses fonctions de ministre pour l'Église méthodiste par la Conférence Méthodiste. Il engage une action pour obtenir des dommages-intérêts et pour obtenir un *mandamus* - souvent utilisé dans les recours juridictionnels contre des groupes religieux<sup>116</sup> - ordonnant son retour en fonction. La Cour suprême juge qu'elle n'a pas compétence pour s'immiscer dans les affaires internes d'une « conférence », donc que la juridiction religieuse est seule compétente pour statuer sur ses affaires internes :

[...] we think it is a case in which we should not interfere. The evidence and documents shew that the conference has a right to superannuate a minister, using the word not as it may be used in some special sense in the rules of the conference, but in its general sense, and that justified that body in "locating" as it is termed, this minister as they did<sup>117</sup>.

Les juges considèrent qu'ils n'ont pas le droit « in a matter clearly within the powers of the domestic forum and in which they have taken action. [...] », les questions de la compétence d'un ministre du culte sortant clairement de leur champs de compétence.

The question whether a minister is unacceptable or inefficient is peculiarly one for the judgment of Conference, and by the discipline that body is made the sole judge on the subject. In the present case they had before them, and upon their records, the grounds upon which they proceeded. The domestic appellate court has declared that their proceedings were regular and I think

---

115. *J.C. Ash c. The Methodist Church* (1901), 31 S.C.R. 497.

116. Voir S. S. Merrill, *The Law of Mandamus*, Chicago, th. Flood and Company, 1892, pp. 18-19.

117. *J.C. Ash c. The Methodist Church* (1901), 31 S.C.R. 497.

the plaintiff has not made out any case for the interference of a court of law<sup>118</sup>.

Si, conformément à ses propres règles, la Conférence ne pouvait déplacer son ministre du culte après vingt-trois ans de services, il n'entre pas dans la juridiction de la Cour de statuer sur une telle question<sup>119</sup>, les juges reprenant la solution énoncée dans *Mulroy v. Supreme Lodge Knights of Honor*<sup>120</sup> en la limitant. Si la cour possède la « discretion to remand where it seems that the ends of justice would be subserved by so doing », cette capacité ne s'étend pas aux questions de foi et d'organisation du culte.

## 2) La Communauté juive

Concentrée autour de plusieurs familles – les Myers, Solomon, Franks, Judah, Hart<sup>121</sup>, Abraham – le renforcement de la communauté juive montréalaise s'affirme lors de la création de la Shearith Israel Spanish and Portuguese Congregation – sur la rue Cheneville, en 1768<sup>122</sup>. On connaît, d'autre part, la question largement documentée des droits politiques accordés aux juifs dans la province de Québec à travers les cas de Moses<sup>123</sup> et Ézékiel Hart<sup>124</sup>. Globalement, la question de la pratique juive dans la colonie s'incarne essentiellement dans l'exercice des droits civils et la force de la common law dans la province de Québec. Le Plantation Act de 1740 incite les juifs et les protestants étrangers

---

118. *Id.*, p. 498.

119. Voir également *Richardson Gardner v. Fremantle*, 24 L.T. 81.

120. 28 Mo. App. 463, (1888) 475.

121. Concernant les Hart, voir l'excellent ouvrage de Denis VAUGEOIS, *Les premiers juifs d'Amérique 1760-1860. L'extraordinaire histoire de la famille Hart*, Septentrion, 2011.

122. Wilfred SHUCHAT, *The Gate of Heaven: The Story of Congregation Shaar Hashomayim in Montreal (1846-1996)*, Montréal, McGill Queens Press, 2000, p. 7.

123. Sheldon J. GODFREY, *Search Out the Land: The Jews and the Growth of Equality in British Colonial America, 1740-1867*, Montreal, McGill-Queen's Press, 1995, p. 171 et ss.

124. D. VAUGEOIS, *Les premiers juifs d'Amérique 1760-1860*, préc., note 121, p.137-161.

à s'installer dans les colonies nord-américaines. À la suite de cet acte, plusieurs juifs s'implantent dans les treize colonies mais aussi en Nouvelle-Écosse, où la communauté s'affirme dans les années 1750. Après la Conquête, les juifs sont accueillis favorablement par la petite communauté anglaise non-catholique québécoise, profitant des opportunités économiques mais aussi d'une certaine tolérance religieuse. Denis Vaugeois rapporte que, cinq ans seulement après la signature du Traité de Paris, certains juifs avaient obtenus de faire modifier la formule du serment du Test « sous l'œil du gouverneur, ou du moins de son secrétaire »<sup>125</sup>. La Shearith Israel est créée en 1768. Le faible nombre de la communauté fait que les unions mixtes sont tolérées, le mariage d'Ezékiel Solomon avec Élisabeth Dubois se faisant à l'église anglicane de Montréal, en 1769, les enfants étant baptisés<sup>126</sup>.

En 1832, il n'y aura qu'environ quatre-vingt représentants de la communauté juive à Montréal, trois à Québec pour un total de cent-sept<sup>127</sup>. De manière remarquable au regard du monde britannique, ils obtiennent une reconnaissance de facto d'une certaine égalité avec les citoyens protestants. La fin des années 1780 jusqu'aux années 1810 témoignait au contraire d'un retrait des gains postérieurs à la Conquête, les handicaps politiques, civils et religieux, caractéristiques de la Grande-Bretagne, accompagnant un certain resserrement du sentiment catholique. Les membres de la famille Hart devinrent juges de paix à Trois Rivières alors que la communauté s'affirme lentement, donnant peu d'emprise aux juridictions civiles dans un premier temps<sup>128</sup>. Benjamin Hart va lutter efficacement à partir de 1828 afin de doter la communauté juive d'un cadre légal, une pétition étant présentée le 4 décembre 1828, pour obtenir une loi accordant :

---

125. *Id.*, p. 167.

126. *Id.*, p. 170.

127. Stuart E. ROSENBERG, *The Jewish Community in Canada*, vol. 1, Toronto, McClelland and Stewart, 1970, p. 181.

128. Sheldon J. GODFREY, *Search Out the Land: The Jews and the Growth of Equality in British Colonial America, 1740-1867*, Montréal, McGill Queen's Press, 1995.



aux pétitionnaires [israelites] et à tous ceux de leur croyance [...] l'avantage d'avoir des registres publics pour y enregistrer les naissances, les mariages et les décès, et pour les autoriser à posséder, par syndic ou autrement, un terrain pour servir de lieu de sépulture et pour y ériger une maison de culte et une bâtisse pour un ministre de leur religion, le tout sous tels règlements et conditions, et en la manière que le parlement de cette province, dans sa grande sagesse, le jugera convenable<sup>129</sup>.

Trouvant appui auprès du Parti Canadien à l'assemblée, et le renfort de groupes protestants dissidents, presbyteriens et méthodistes, le projet de loi est confronté à l'opposition du Conseil législatif et de l'Église anglicane. Il est couronné de succès en 1830 et proclamé le 18 janvier 1831. Il sera renforcé par l'Acte pour déclarer que les personnes qui professent le judaïsme ont le bénéfice de tous les droits et privilèges des autres sujets de Sa Majesté en cette province<sup>130</sup>, approuvé le 12 avril 1832. Ce n'est qu'en 1846 que la Corporation des juifs d'origine polonaise, anglaise et allemande devint une entité légale<sup>131</sup>. Si par leurs affaires, les membres de la communauté juive sollicitent largement les tribunaux, comme en témoigne l'activisme de la famille Hart, ils le font rarement au regard de motifs religieux. L'affaire rapportée par Denis Vaugeois, concernant Nathaniel Leavitt est de ce fait remarquable. Celui-ci aurait délibérément cherché à scandaliser des témoins de religion chrétienne en tenant, « with force and arms » des propos irrévérencieux auprès de chrétiens, ayant eu l'intention de projeter une bible vers un feu « avec l'intention immédiate de la brûler et de la faire se consumer de manière illégale, avec méchanceté et en blasphémant [...] »<sup>132</sup>.

---

129. Journaux de la Chambre d'Assemblée du Bas-Canada, 4 décembre 1828, p. 84, cité dans D. VAUGEOIS, *Les premiers juifs d'Amérique 1760-1860*, préc., note 121 p. 174.

130. 1 Geo. IV, cap. 57, voir Alexander BUCHANAN, Hugues HENEY, Gustavus William WICKSTEED, *Les Actes et ordonnances du Bas-Canada*, Québec, S. Derbishire et G. Desbarats, 1845, p. 33.

131. W. SHUCHAT, «The Gate of Heaven: The Story of Congregation Shaar Hashomayim in Montreal (1846-1996)» préc., note 122, p. 28.

132. Cour du Banc du roi, 1821, cité par D. VAUGEOIS, *Les premiers juifs d'Amérique 1760-1860*, préc., note 121 p. 241-242.

Moses Hart se passionnera pour cette accusation de blasphème, stigmatisant la question des délits à caractère religieux

Une loi inspirée par la bigoterie pour associer l'Église et l'État, pour rendre dominante une institution cruelle, pour empêcher la recherche de la vérité naturelle et pour entraver l'exercice du jugement. [...] Est-ce que la moralité devient corrompue par la discussion autour d'enjeux religieux, ou est-ce que l'État doit être ébranlé ou jeté à bas par l'expression de différentes opinions religieuses<sup>133</sup>.

L'arrivée de juifs d'Allemagne et d'Europe de l'Est va également poser des difficultés au sein de la communauté, ce qui donnera l'occasion aux juridictions civiles de s'immiscer dans le fonctionnement de celle-ci. Ainsi, Benjamin Hart, en 1847, s'oppose violemment à l'entrée de juifs étrangers au sein de la communauté montréalaise. Il considère que l'entrée de juifs d'origine allemande et polonaise viole la loi, celle-ci étant destinée aux juifs d'origine portugaise<sup>134</sup>. Il menace de porter les décisions de la communauté devant la Cour du Banc de la Reine et de réclamer un bref de mandamus contre la corporation. L'épidémie de typhus et la crise économique semble avoir mis fin de manière inopinée au conflit<sup>135</sup>. Dans le même ordre d'idée, le rabbin Samuel Marks, leader de la communauté à la fin des années 1880, fit appel à l'administration afin de régler une difficulté interne à la communauté, donnant ainsi l'occasion aux autorités civiles de s'intéresser à celle-ci<sup>136</sup>. Le *Jewish Messenger* rend alors, ce dernier, responsable de ce qui est considéré comme une intrusion et un problème pour la communauté, soulignant que « there is no doubt that a mistake was made in notifying the police at all. The congregation can easily adjust its differences in private. The feeling

---

133. ASTR, 0009-A-G-6, cité dans id., p. 243.

134. Se référant vraisemblablement à *Act to relieve Her Majesty's subjects from certain penalties and disabilities with regard to their religious opinions*, 9 & 10 Vic., cap. 59.

135. D. VAUGEUIS, *Les premiers juifs d'Amérique 1760-1860*, préc., note 120 p. 308-309.

136. W. SHUCHAT, « The Gate of Heaven: The Story of Congregation Shaar Hashomayim in Montreal (1846-1996) » préc., note 121, p. 35-36.

of the members is almost unanimously in favour of the changes in the ritual »<sup>137</sup>. Une autre cause est celle d'*Ortenberg v. Plamondon*<sup>138</sup>, devant la Cour d'Appel<sup>139</sup> cette fois-ci. Le notaire Plamondon avait fait, à Québec, une conférence publique où il accusait les juifs de pratiques criminelles. Ortenberg, un juif de Québec, prétendit que de telles déclarations l'exposaient au mépris du public et lui causaient des dommages dans ses affaires<sup>140</sup>. Engagée sur le terrain de la responsabilité civile, cette affaire amena le juge Carroll à considérer que, comme il s'agissait d'une collectivité peu nombreuse – soixante-quinze familles juives à Québec sur une population de 80,000 âmes – l'identification des membres de la communauté était caractérisée à des personnes identifiées et que le demandeur pouvait être considéré comme suffisamment visé par les propos diffamatoires pour obtenir réparation.

Au début du XX<sup>e</sup> siècle, les témoins de Jéhovah auront également l'occasion, en confrontant le système juridique, de faire bouger les lignes de l'encadrement du fait religieux, jusqu'à la moitié du XX<sup>e</sup> siècle, où les affaires *Saumur c. Ville de Québec*<sup>141</sup> et *Roncarelli c. Duplessis*<sup>142</sup> amèneront un véritable changement de paradigme juridique en la matière.

\*\*\*\*\*

Comme ces quelques affaires – non exhaustives – le montrent, la question du fait religieux et de l'immixtion des juridictions civiles dans les domaines de compétence partagée est

---

137. *Id.*, p. 36.

138. Q.O.R. 24 K.B. 69, 385.

139. Sur cette affaire, voir l'intéressant article de Joshua D. MACDAFYEN, « "Nip the Noxious Growth in the Bud": Ortenberg v. Plamondon and the Roots of Canadian Anti-Hate Activism », 12 (2004) *Canadian Jewish Studies/Études juives canadiennes* 73.

140. James W. St. G. WALKER, *"Race" Rights and the Law in the Supreme Court of Canada*, Waterloo, The Osgoode Society for Canadian Legal History and Wilfrid Laurier University Press, 1997, p. 304.

141. *Saumur v. City of Québec*, [1953] 2 S.C.R. 299.

142. *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121.

un véritable enjeu au XIX<sup>e</sup> siècle. La montée en puissance de certains dogmatismes et la confrontation entre gallicanisme, voir laïcité et ultramontanisme, exacerbe les antagonismes. La très large palette de contentieux divers et de collaborations entre juridictions civiles et communautés religieuses dessine un spectre très large de l'accommodement avant la lettre. Si les rapports de force évoluent, une tendance s'affirme vers une acceptation, plus ou moins forcée, de l'altérité religieuse ou a-religieuse. Les artisans de cette évolution sont, bien évidemment, les membres des communautés, qui saisissent les juridictions civiles, mais aussi les juristes, essentiellement catholiques ou anglicans, il est vrai. Si Girouard, résume de manière lapidaire, le rôle du juriste en affirmant que « the duty of the lawyer is far much more modest and simple whether rightly or wrongly he has only to ascertain what is the law of the country »<sup>143</sup>, il n'en est pas moins conscient que la confrontation ou l'adaptation de la norme nécessite l'intervention du juge en matière de faits religieux. Malgré ses positions ultramontaines, nonobstant son engagement auprès de l'Église catholique<sup>144</sup>, Girouard conclut à la singularité de l'ordonnancement juridique canadien à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, singularisant ce modèle des exemples européens et américains qui ne peuvent convenir à l'histoire canadienne<sup>145</sup>. Le juriste européen

---

143. D. GIROUARD, « State and Church », préc., note 2, p. 141.

144. « Let therefore all good citizens who desire the principles of Christian morality to constitute the rule of conduct of our newly founded nationality strive to bring the State into harmony and unison with the various Christian Churches existing under its sway and every subject will respect that which will be thus openly and avowedly protected and respected by the State »; *Id.*, p. 143.

145. « No people who aspire to lay the foundations of solid prosperity and durable empire can in our day seriously aim at public indifference in religion. A continental jurist referring to our marriage law expresses his astonishment that the religious marriage should be obligatory in Canada. The European who breathes in an atmosphere impregnated with the poison of socialism may be astonished by such a phenomenon but to the Canadian who has escaped the influence of modern philosophism this state of things appears quite natural most wise and salutary. The reader glancing at the political and social condition of Europe cannot fail to observe that antisocial conspiracies have multiplied in inverse and alarming proportion to the decline of religious ideas today [...]. Religious

ne peut, selon lui, que s'offusquer des libertés prises par le modèle canadien, mais celui-ci, fondé sur des principes solides, et bâti pragmatiquement par les juges et les juristes canadiens – même s'il déplore certaines de leurs postures – est le reflet d'une certaine harmonie canadienne entre droits et libertés<sup>146</sup>, dont le Canada moderne porte encore, selon nous l'héritage :

From this principle of our public law slow the rights and liberties, which are dearest to our mixed population liberty of conscience freedom of public worship and freedom of the press. In religious matters Congregations can worship God in whatever form and manner they see fit provided that in so doing they don't interfere with rights of property nor disturb the public peace and outrage public morality. With due regard to those principles of public law they may ring bells raise crosses and cavalries form processions convoke religious councils and synods &c. The Catholic, the Protestant, the Jew may hold any public office in the country take his seat on the benches of the constitutional assemblies without any inquiry being made into his faith or mode of worship. Every person has a right to speak write and print his opinions upon any religious question or point of controversy without permission from the government or from any one else Apostasy heresy and non conformity are not crimes by the law of Canada and cannot be punished except by ecclesiastical or spiritual penalties and loss of benefices in certain cases. In fact Canada is one of the freest countries of the world in religious matters<sup>147</sup>.

---

faith alone can rescue Europe from a general revolution »; *Id.*, p. 142-143.

146. « This freedom does not mean that every one has the absolute right to speak write or print concerning religious matters whatever he may please without any responsibility private or public. Such a law would give to every citizen the right to outrage the feelings, destroy the public and private character and even endanger the personal security of his fellow members of society. Libel and slander in religious as well as in secular matters are offences punishable by the laws of Canada »; *Id.* p. 131.

147. D. GIROUARD, « State and Church », préc., note 2, p. 131.



**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** POLITIQUE INDIENNE ET LIBERTÉ RELIGIEUSE AU CANADA, 1870-1950 : L'EXEMPLE DES CIMETIÈRES DE BANDE

**Auteur(s) :** Claude GÉLINAS  
Jean-François VACHON

**Revue :** RDUS, 2013, numéro Hors série

**Pages :** 101-129

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10247>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10247>

*Page vide laissée intentionnellement.*



## ARTICLE

---

# POLITIQUE INDIENNE ET LIBERTÉ RELIGIEUSE AU CANADA, 1870-1950 : L'EXEMPLE DES CIMETIÈRES DE BANDE

par Claude GÉLINAS\*  
Jean-François VACHON\*\*

*Depuis le 18<sup>e</sup> siècle, les autorités politiques canadiennes ont privilégié une approche de tolérance envers la diversité culturelle et religieuse, bien qu'à première vue, la politique indienne, et plus particulièrement les dispositions de la Loi sur les Indiens qui rendaient illégales certaines pratiques culturelles et religieuses, semblait s'inscrire en faux par rapport à cette orientation. Or, une analyse de l'attitude des fonctionnaires des Affaires indiennes en lien avec la gestion des cimetières de bande, entre 1870 et 1950, tend à confirmer que le contrôle des dépenses liées à la mise en application de la politique indienne et le souci d'assurer le succès des efforts de colonisation intérieure primaient sur la volonté d'acculturer et d'émanciper les Indiens, et de brimer par conséquent leur liberté religieuse.*

---

*Since the 18<sup>th</sup> century, Canadian political authorities have generally tended to embrace a tolerant approach regarding cultural and religious diversity. Yet, policies expressed in the Indian Act provisions prohibiting certain cultural and religious practices would seem to contradict this avowed orientation. Indeed, an analysis of past attitudes of Indian Affairs officials in connection with the management of band cemeteries between 1870 and 1950, sustains this impression. It would appear that the exercise of controls on expenses relating to the implementation of a First Nations' policy, as well as concerns regarding the success of internal colonization initiatives, took precedence over a desire to acculturate and emancipate indigenous populations. In the final analysis, they in fact operated to impair their religious freedom.*

---

\* . Professeur au Département de philosophie et d'éthique appliquée de l'Université de Sherbrooke, Codirecteur du Centre de recherche Société, Droit et Religions de l'Université de Sherbrooke (SoDRUS), Coresponsable de l'axe « Pluralité religieuse : enjeux sociaux, politiques et juridiques » du Centre d'études ethniques des universités montréalaises (CEETUM).

\*\* . Doctorant en histoire à la Faculté des lettres et sciences humaines de l'Université de Sherbrooke.

## **SOMMAIRE**

<b>Les Affaires indiennes et les cimetières de bande .....</b>	<b>108</b>
<b>Figure 1 .....</b>	<b>109</b>
<b>Figure 2 .....</b>	<b>110</b>
<b>Tableau 1 .....</b>	<b>112</b>
<b>La préoccupation financière .....</b>	<b>113</b>
<b>Le respect des volontés indiennes .....</b>	<b>115</b>
<b>Le rapport des Indiens avec les lieux de sépultures .....</b>	<b>122</b>
<b>Conclusion .....</b>	<b>129</b>

Malgré la rareté des études sur le sujet, il semble que les autorités politiques canadiennes, et ce, depuis la Conquête, aient privilégié, en général, une approche normative pragmatique envers la diversité culturelle et religieuse, et guidée par les intérêts supérieurs de la nation. Outre les dispositions prises, dès la fin du 18<sup>e</sup> siècle, pour faciliter la cohabitation entre catholiques et protestants (liberté de culte aux catholiques, abolition du serment du Test), les impératifs subséquents liés à la colonisation et au développement des territoires de l'Ouest, dont le succès reposait en majeure partie sur l'immigration, ont incité les dirigeants politiques à faire preuve de tolérance à l'égard de la liberté religieuse des nouveaux arrivants<sup>1</sup>. Les différentes croyances et pratiques des groupes ethnoreligieux étaient d'ordinaire respectées tant qu'elles ne portaient pas préjudice à l'ordre social ou à la mise en œuvre des politiques d'État. Dans une étude précédente<sup>2</sup>, nous avons proposé que cette approche préconisée par l'État canadien prévalait également, à la fin du 19<sup>e</sup> siècle et au début du 20<sup>e</sup> siècle, à l'égard des croyances et des pratiques religieuses traditionnelles des populations indiennes<sup>3</sup>, malgré l'objectif avoué de détacher celles-ci de leur culture dite traditionnelle.

- 
1. Lorraine DEROCHER, Claude GÉLINAS, Sébastien LEBEL-GRENIER et Pierre C. NOËL (dir.), *L'État canadien et la diversité culturelle et religieuse, 1800-1914*, Sherbrooke/Québec, SoDRUS/Presses de l'Université du Québec, 2009; Guillaume ROUSSEAU et Raphaël-Mathieu LEGAULT-LABERGE, « Du biconfessionnalisme au multiculturalisme : ruptures et continuités dans la gestion de la diversité religieuse au Canada » (2012) (à paraître dans *La gestion de la diversité religieuse au Canada d'hier à aujourd'hui : changements et constance*).
  2. Claude GÉLINAS, « L'État canadien et la répression des pratiques religieuses autochtones, 1884-1932 », dans Lorraine DEROCHER et al., *L'État canadien et la diversité culturelle et religieuse, 1800-1914*, Sherbrooke/Québec, SoDRUS/Presses de l'Université du Québec, 2009, p. 93-116.
  3. Nous utilisons ici le terme « Indiens » pour désigner les descendants des premiers occupants du territoire canadien et ancêtres des membres des Premières Nations actuelles, à l'exception des Inuits. Ce terme est plus représentatif de l'appellation rencontrée dans les documents historiques, avec celle de « Sauvages », et son utilisation ici, plutôt que celle d'« Autochtones », évitera la confusion puisque, sur le plan constitutionnel, cette dernière appellation englobe autant les Indiens que

La politique indienne du gouvernement canadien, telle que normalisée par l'Acte *pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*<sup>4</sup> de 1876, a souvent été considérée comme un outil d'assimilation, notamment sur la base de ses dispositions relatives à l'adoption du système électif, à l'éducation des enfants et, surtout, à l'émancipation qui visait à éloigner les Indiens de leur cadre de référence culturel « traditionnel » pour faire d'eux de véritables citoyens, au sens de l'idéologie britannique de l'époque. Les amendements apportés à la *Loi sur les Indiens* à la fin du 19<sup>e</sup> siècle et qui rendaient illégales des pratiques culturelles et religieuses, telles que le potlatch et la danse du Soleil, ont contribué à consolider cette interprétation; l'idée d'un pacte entre le gouvernement et les missionnaires, autres agents d'assimilation, a d'ailleurs souvent été évoquée<sup>5</sup>. À priori, de telles mesures semblaient s'inscrire en opposition avec l'approche de tolérance de l'État en matière de diversité religieuse<sup>6</sup>.

Or, depuis déjà quelques décennies, un courant historiographique révisionniste propose un regard plus nuancé sur les objectifs qui sous-tendaient la politique indienne du gouvernement canadien ainsi que sa mise en application. Il demeure acquis que les autorités politiques canadiennes affichaient une volonté d'intégrer les Indiens à la société nationale par l'entremise de lois destinées à encourager leur émancipation, à les amener « à se mêler graduellement à la race blanche dans les affaires ordinaires de la vie »<sup>7</sup>, et que plusieurs élus et

---

les Métis et les Inuits (*Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), art. 35).

4. S.C. 1876, c. 18; désigné désormais dans le texte par la *Loi sur les Indiens*.

5. Frederick E. HOXIE, « The Reservation Period, 1880-1960 », dans B. G. TRIGGER et W. E. WASHBURN (éd.), *The Cambridge History of the Native Peoples of the Americas*, vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 200.

6. Micheline MILOT, « Laïcisation au Canada et au Québec : un processus tranquille », (2004) 33 (1) *Studies in Religion/Sciences religieuses* 27, 27-49.

7. GOUVERNEMENT DU CANADA, DIVISION DES AFFAIRES DES SAUVAGES, *Documents de la Session, 1871*, Ottawa, Rapport numéro 23, 1871, p. 4.

fonctionnaires souhaitaient éradiquer des comportements culturels qu'ils jugeaient immoraux ou préjudiciables sur différents plans<sup>8</sup>. Mais cette volonté d'assimilation ne constituait pas tant une fin en soi qu'un facteur parmi d'autres visant à réduire le fardeau financier de la responsabilité des populations indiennes et à mieux encadrer la présence et les faits et gestes des Indiens, particulièrement dans les régions où l'on souhaitait faciliter la venue et l'installation de nouveaux colons. Déjà au milieu du 19<sup>e</sup> siècle, comme le résumait l'historien David T. McNab : « As they faced the problem of the future of the native peoples, imperial administrators in the 1840's and 1850's espoused pragmatic rather than doctrinaire goals. They aimed at all costs to prevent conflicts between the indigenous inhabitants and white settlers concerning specific issues related to land and labour »<sup>9</sup>. Un autre historien, David J. Hall, ajoutait qu'au moment de la nomination de Clifford Sifton comme ministre de l'Intérieur en 1896 :

Indian Affairs had long been closely associated with the Department of the Interior, which was the principal instrument through which the federal government attempted to implement its developmental policies for the prairie West. The dominion authorities were charged with responsibility for all Canada's Indians, but it was the prairie Indians who created the greatest problems for the government, and to whom the government had the most obligations. [...] Thus, the Indians were viewed always in the context of western development; their interests, while not ignored, only rarely commanded the full attention of the responsible minister<sup>10</sup>.

- 
8. Constance BACKHOUSE, *De la couleur des lois: une histoire juridique du racisme au Canada, 1900-1950*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2010, p. 83-85 et 88-89.
  9. David T. McNAB, « Herman Merivale and Colonial Office Indian Policy in the Mid-Nineteenth Century », (1981) 1 (2) *Canadian Journal of Native Studies* 277, 278-279.
  10. David J. HALL, « Clifford Sifton and Canadian Indian Administration 1896-1905 » dans Ian A. L. GETTY et Antoine S. LUSSIER (éd.), *As Long As the Sun Shines and the Water Flows. A Reader in Canadian Native Studies*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1983, p. 121;

Peu après sa nomination, Sifton « applied the knife to Indian affairs as thoroughly as it was used on any department. Personnel were dropped, the western agencies reorganized, and salaries generally reduced. [...] He] did not institute these changes in order to effect any drastic new Indian policy. He was interested in efficiency and economy of operation and in political considerations »<sup>11</sup>. Abordant plus précisément la question de l'éducation des jeunes Indiens à la même époque, l'historien Michel Lavoie affirmait pour sa part :

Il ne faut pas voir là une mission uniquement civilisatrice. Le gouvernement impérial a la ferme intention d'intégrer les Indiens dans le but avoué d'assurer la sécurité des colonies, de faire des Indiens des sujets productifs et autonomes et de mettre fin aux dépenses générées par le département des Affaires indiennes, particulièrement en ce qui a trait à la distribution annuelle des présents, laquelle ne fait qu'encourager, selon les autorités, la dépendance des Indiens à l'État<sup>12</sup>.

En somme, les fondements idéologiques de la politique indienne et de l'éventuelle *Loi sur les Indiens* semblaient s'ancrer d'abord dans un souci récurrent de réduire les coûts de gestion de cette politique et d'une préoccupation pour la bonne marche de la colonisation interne<sup>13</sup>, davantage qu'en fonction d'un objectif

---

voir également Douglas LEIGHTON, « A Victorian Civil Servant at Work : Lawrence Vankoughnet and the Canadian Indian Department, 1874-1893 », dans Ian A. L. GETTY et Antoine S. LUSSIER (éd.), *As Long As the Sun Shines and the Water Flows. A Reader in Canadian Native Studies*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1983, p. 106-111.

11. D. J. HALL, préc., note 10, p. 122-123.

12. Michel LAVOIE, « Politique des représentations : les représentations sociales bureaucratiques et la politique de l'éducation indienne au Canada, 1828-1996 (première partie) », (2004) 34 (3) *Recherches amérindiennes au Québec* 87, 89.

13. Cornelia Shuch a montré comment cette préoccupation d'assurer la paix sociale dans les nouveaux territoires a également influencé l'application de la justice criminelle envers les Indiens; les procès et l'application des sentences visaient à marquer le pouvoir des colonisateurs et à dissuader toute récidive de comportements préjudiciables à l'ordre public, tout en étant censés appuyer les objectifs de civilisation des Indiens. À cet égard,

ultime d'assimilation des Indiens. Cela même dans les premières décennies du 20<sup>e</sup> siècle, sous le règne du surintendant adjoint des Affaires indiennes, Duncan Campbell Scott, qui se voulait un partisan des mesures musclées pour favoriser l'émancipation des Indiens, mais non pas pour leur meilleur intérêt, mais pour celui de l'État : « I want to get rid of the Indian problem. *I do not think as a matter of fact, that the country ought to continuously protect a class of people who are able to stand alone [...].* Our objective is to continue until there is not a single Indian in Canada that has not been absorbed into the body politic and there is no Indian question, and no Indian Department. »<sup>14</sup>

Une telle perspective invite à reconsidérer les visées et la portée attribuées aux dispositions à teneur « acculturatrice » de la politique indienne, en portant attention non seulement à celles touchant les pratiques rituelles et contenues dans la *Loi sur les Indiens*<sup>15</sup>, mais également au traitement réservé aux croyances et aux pratiques religieuses indiennes en contexte moins normalisé, et ce, à la lumière de la politique étatique de tolérance à l'égard du pluralisme religieux. À cette fin, nous proposons ici d'analyser l'attitude du gouvernement fédéral à l'égard des religions indiennes en nous appuyant sur la correspondance des Affaires indiennes relative à la gestion des cimetières de bande, et ce, à compter des dernières décennies du 19<sup>e</sup> siècle. Cette littérature est

---

il est particulièrement révélateur que le même Clifford Sifton, aussi économiste qu'il ait pu être au niveau des Affaires indiennes, affirmait que les préoccupations financières devaient être secondaires par rapport à la nécessité de faire appliquer la justice criminelle dans les régions éloignées; voir Cornelia SCHUH, « Justice in the Northern Frontier : Early Murder Trials of Native Accused », (1979-1980) 22 *Criminal Law Quarterly* 106, 109.

14. ARCHIVES NATIONALES DU CANADA, *Témoignage de Duncan Campbell Scott, sous-surintendant général des Affaires indiennes, devant le comité spécial de la Chambre des communes qui examinait les modifications de 1920 à la Loi des Sauvages*, Ottawa, RG-10, vol. 6810, dossier 470-2-3, vol. 7, 1920, p. 55 (L-3) et 63 (N-3). [Nos italiques.]
15. Guillaume TEASDALE, « L'interdiction de la Danse du Soleil au Canada : le champ du signe des cultures amérindiennes des Plaines? », (2006) 14 (3) *Bulletin d'histoire politique* 193, 193-206; C. GÉLINAS, préc., note 2, p. 93-116.

particulièrement intéressante en ce qu'elle met en scène différents acteurs, qu'il s'agisse des responsables et des fonctionnaires des Affaires indiennes, des Indiens, des missionnaires, des élus municipaux ou encore de simples citoyens, qui avaient tous des préoccupations plus ou moins divergentes à l'égard des cimetières de bande et des pratiques funéraires qui leur étaient associées. De même, c'est à travers les efforts des représentants des Affaires indiennes pour concilier ces différentes préoccupations que nous chercherons à établir si le positionnement de l'État canadien envers les systèmes religieux des collectivités indiennes relevait avant tout d'un objectif d'acculturation et d'émancipation, ou davantage de considérations liées à des facteurs d'ordre budgétaire ou d'ordre public.

### **Les Affaires indiennes et les cimetières de bande**

Aux fins de la présente recherche, nous avons consulté 105 dossiers relatifs à divers aspects touchant les cimetières indiens et conservés dans les archives des Affaires indiennes à Ottawa. Ces dossiers ont été repérés à l'aide des moteurs de recherche de Bibliothèque et Archives Canada. Certains d'entre eux ne comptaient que quelques pages et d'autres plus d'une centaine, soit pour l'essentiel des lettres échangées entre des responsables des Affaires indiennes à Ottawa et des fonctionnaires actifs sur le terrain, des missionnaires, des élus municipaux et des Indiens. La correspondance repérée s'étend sur une période allant de 1872 à 1949, avec une majorité de dossiers produits dans les années 1880 et 1890 (fig. 1). Enfin, la grande majorité des dossiers concerne des bandes indiennes de l'Ontario et de la Colombie-Britannique (fig. 2).



Figure 1

**Nombre de dossiers des Affaires indiennes relatifs aux  
cimetières de bande consultés par décennie, 1870-1949**

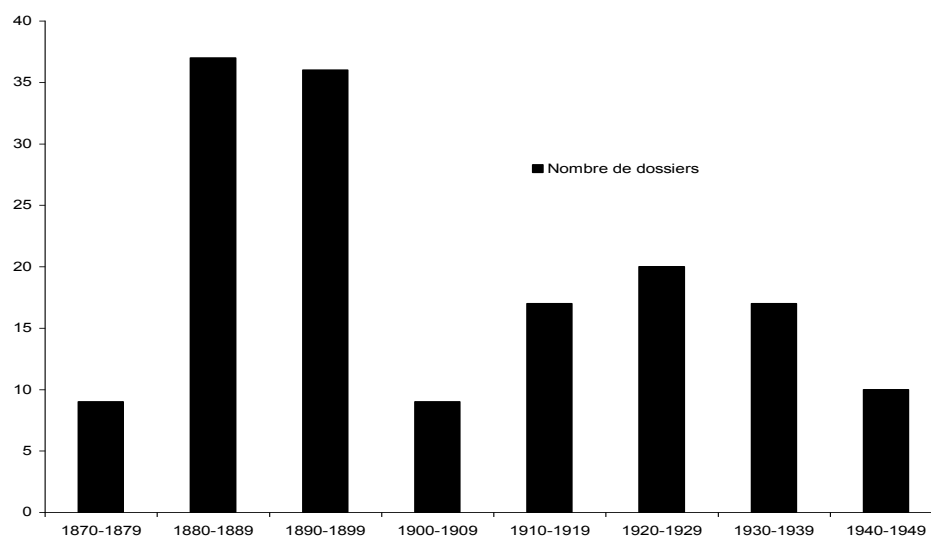
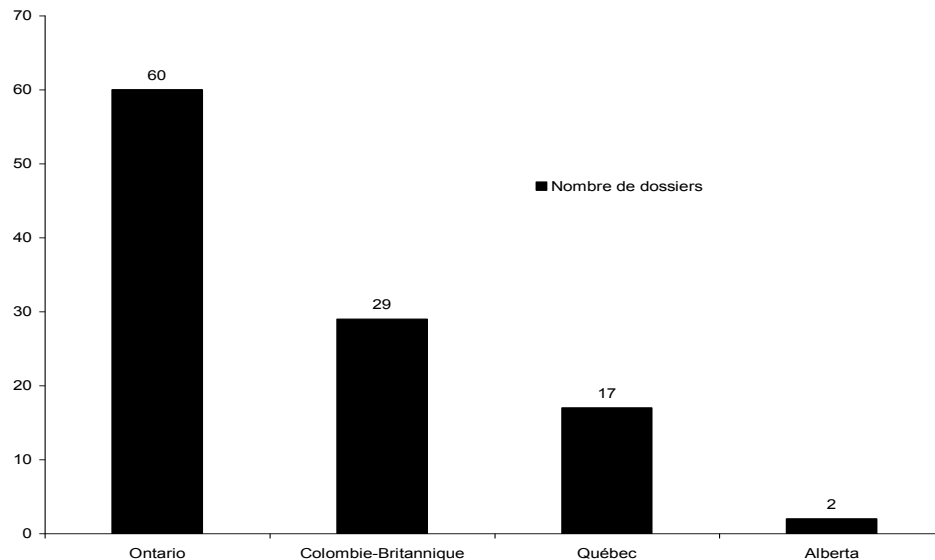


Figure 2

**Nombre de dossiers des Affaires indiennes relatifs aux cimetières de bande consultés par province\***



\* Trois dossiers concernaient le Québec et l'Ontario conjointement

Quant à leur teneur, les dossiers analysés peuvent être répartis en deux catégories principales (tab. 1). La première regroupe des dossiers qui concernent divers aspects liés à la gestion des cimetières, qu'il s'agisse, par exemple, du remboursement des coûts d'inhumation, ou encore de la rémunération pour le creusage des fosses et la fabrication des cercueils, des tâches souvent réalisées par les Indiens de la bande du ou des défunts. À cela s'ajoutent parfois des demandes pour que les Affaires indiennes défraient les coûts pour la fabrication d'un monument. L'autre partie importante de cette correspondance concerne l'entretien des cimetières, ce qui inclut

des demandes de fonds pour construire ou remplacer des clôtures, pour l'achat de matériel ou encore pour l'enrochement contre l'érosion ou d'autres mesures de protection. Enfin, une quinzaine de dossiers concernent des demandes pour l'agrandissement d'un cimetière ou encore son déplacement, tantôt en raison d'un déménagement vers une autre réserve, tantôt en raison des facteurs naturels tels que des inondations ou l'érosion, tantôt à la demande d'une municipalité voisine, comme ce fut le cas en 1917, lorsque la municipalité de Kent en Colombie-Britannique a demandé que les défunts de la bande de Seabird Island soient enterrés dans un lieu plus éloigné pour éviter les risques de maladies<sup>16</sup>. L'ensemble de ces dossiers compte pour 85,1 % de tous ceux répertoriés, ce qui indique que l'essentiel de la correspondance relative aux cimetières s'inscrivait dans le cadre des responsabilités premières des Affaires indiennes en matière d'administration des bandes indiennes au pays.

---

16. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *New Westminster Agency, Fraser District – Correspondence Regarding A Cemetery Site on the Seabird Island Reserve 0 for the Seabird Island Band*. Indian Affairs, Central Registry Files, 1874-1959, RG-10, vol. 8095, dossier 987/36-7-33, 1, 1917, p. 10-13.

Tableau 1

**Nature des dossiers des Affaires indiennes relatifs aux cimetières de bande**

**Dossiers en lien avec la gestion des cimetières**

Les coûts d'inhumation	54
L'entretien d'un cimetière (clôture)	28
L'agrandissement ou le déplacement d'un cimetière	15
<b>Total</b>	<b>97 (85,1 %)</b>

**Dossiers en lien avec des tierces parties**

Litiges concernant la propriété et les limites	11
Atteintes aux sépultures	3
Litiges avec le clergé	2
Cimetières mixtes	1
<b>Total</b>	<b>17 (14,9 %)</b>

Quelques dossiers apparaissent dans plus d'une catégorie.

Une seconde catégorie regroupe un nombre plus limité de dossiers relatifs à des problématiques soulevées par l'intervention de tierces parties non indiennes. Plusieurs concernent des interrogations ou des litiges au sujet des droits sur certains territoires où se trouvaient des cimetières indiens. Parfois, il s'agit d'un espace situé sur une réserve, mais dont les limites sont contestées par d'autres détenteurs de droits de propriété sur celle-ci, principalement des confessions religieuses. Mais le plus souvent, il s'agit de cimetières dont l'étendue dépasse celle de la réserve, comme dans les cas où des corps ont été inhumés avant que les arpenteurs ne procèdent à la délimitation de celle-ci. D'autres litiges résultent de l'interdiction pour les non-Indiens de séjourner sur les réserves, ce qui les prive d'un accès aux sépultures de proches inhumés à ces endroits subséquemment à leur délimitation comme territoires protégés. Enfin, quelques cas sont rapportés où des cimetières ont fait l'objet de profanation par des non-Indiens, dans le cadre d'activités liées au développement économique ou en raison de la popularité du pillage de sépultures

pour s'approprier des ossements indiens, par plaisir ou par intérêt scientifique. La correspondance relative à ces problématiques est particulièrement instructive en ce qu'elle fait clairement ressortir les orientations idéologiques qui guidaient les prises de position et les actions des Affaires indiennes à l'égard des croyances et des pratiques religieuses en milieu indien.

### **La préoccupation financière**

La lecture de l'ensemble des dossiers permet de relever la constante préoccupation des responsables des Affaires indiennes d'effectuer une gestion serrée des budgets consacrés aux cimetières indiens. D'entrée de jeu, les sommes consacrées aux inhumations – à tout le moins celles des individus démunis ou sans parenté<sup>17</sup> –, à l'entretien et à la protection des cimetières devaient provenir des intérêts générés par les fonds de bande et non du capital<sup>18</sup>. Rappelons qu'en vertu de la *Loi sur les Indiens*, un fonds de bande représentait une réserve d'argent, souvent constituée à même la vente de terres de réserve ou encore de l'attribution de permis ainsi que des redevances découlant de l'exploitation des ressources naturelles situées sur une réserve. Ce fonds servait principalement à défrayer les coûts liés au maintien et à l'amélioration des infrastructures et des conditions de vie sur la réserve concernée. Comme le résumait le surintendant des Affaires indiennes en 1923, « the expenditure [for the exhumation of six bodies] should be made from interest instead of Capital funds [...] Capital can only be used for certain statutory purposes set out in the Indian Act, such as permanent improvements on the

---

17. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *River Desert Agency – Correspondence Regarding the Payments Incurred with the Burial of Mrs. Benjamin Jacks*, Indian Affairs, Red Series, RG-10, vol. 2457, dossier 95,271, 1889, p. 6.

18. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Kamloops Agency, Thompson River District – Correspondence Regarding A Cemetery Site on the North Thompson Reserve 1*, Indian Affairs, Central Registry Files, 1874-1959, RG-10, vol. 8075, dossier 976/36-7-8-1, 1, 1915, p. 5; BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *New Westminster Agency, Fraser District – Correspondence Regarding A Cemetery Site on the Seymour Creek Reserve 2 for the Squamish Band*, Indian Affairs, Central Registry Files, 1874-1959, RG-10, vol. 8095, dossier 987/36-7-7-2, 1, 1923-1942, p. 6.

reserve »<sup>19</sup>. En conséquence, lorsqu'un fonds de bande était à sec, les Affaires indiennes pouvaient refuser d'engager des dépenses jugées non essentielles, comme l'achat d'un monument pour un chef défunt<sup>20</sup>. Par ailleurs, les fonctionnaires des Affaires indiennes souhaitaient que les Indiens eux-mêmes, notamment les plus démunis, effectuent les tâches reliées aux inhumations, qu'il s'agisse du creusage des fosses, de la fabrication des cercueils ou de la réparation et l'entretien des clôtures; en leur permettant de générer quelques revenus – lorsqu'ils n'étaient pas rémunérés en nourriture<sup>21</sup> –, les Affaires indiennes voyaient là une forme d'assistance peu coûteuse, puisque financée à même les intérêts du fonds de bande, sans compter que les sommes engagées demeuraient au sein de la bande<sup>22</sup>.

Les Affaires indiennes établissaient également des limites en matière de dépenses reliées aux pratiques funéraires indiennes. Si les sommes relatives aux nécessités de base (creusage des fosses, fabrication des cercueils, entretien des cimetières) semblaient systématiquement allouées, les demandes plus particulières et jugées moins essentielles essuyaient souvent un refus, surtout lorsqu'elles risquaient d'amputer le capital du fonds

- 
19. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, préc., note 18, dossier 987/36-7-7-2, 1, p. 6.
  20. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Northern Superintendency, 1st Division – Manitowaning – Application of the Manitoulin Island Indians for a Grant of \$45.00 to Procure a Tombstone to Mark the Grave of the Late Chief Louis Wakegigig*, Indian Affairs, Red Series, RG-10, vol. 2475, dossier 98,643, 1889, p. 6-7.
  21. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *New Westminster Agency, Fraser District – Correspondence Regarding a Cemetery Site on the Poquioson Reserve 13 for the Squamish Band*, Indian Affairs, Central Registry Files, 1874-1959, RG-10, vol. 8095, dossier 987/36-7-7-13, 1, 1935-1946, p. 18.
  22. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Cowichan Agency, South Island District – Correspondence Regarding a Cemetery Site on the Nanaimo Reserve 1 (Nanaimo Band)*, Indian Affairs, Central Registry Files, 1874-1959, RG-10, vol. 8069, dossier 974/36-7-15-2, 1, 1926-1949, p. 26; BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Cowichan Agency South Island District – Correspondence Regarding a Cemetery Site for the Tseycum Band on the Union Bay Reserve 4*, Indian Affairs, Central Registry Files, 1874-1959, RG-10, vol. 8069, dossier 974/36-7-22-4, 1, 1934, p. 13.

de bande. Par exemple, lorsque les Katsies, établis à l'est de Vancouver, ont demandé un budget pour ériger une croix en pierre sur leur cimetière, les responsables des Affaires indiennes ont répondu à leur agent local que « there is only \$40,00 at credit of the interest account of this band, and the Department does not consider it advisable that expenditure of the nature mentioned be charged to the band's capital funds. Kindly explain to the Indians why their wishes in this matter are not being met »<sup>23</sup>. Un refus similaire a été adressé à une demande venant du chef de bande de Hay River, dans les Territoires-du-Nord-Ouest, afin qu'une tombe pour un chef défunt soit payée à même le fonds de bande<sup>24</sup>. Néanmoins, à une seule occasion, une attitude désobligeante de la part d'un haut fonctionnaire des Affaires indiennes a été notée, soit dans le cadre d'une requête de la bande de Tseycum, établie au sud de l'île de Vancouver, qui souhaitait déplacer les corps d'un cimetière érodé par la mer :

There are no funds that can be used for these purposes and the Department has no money in the appropriation to pay out \$200,00 as suggested by you. These Indians appear to be greatly concerned over having a proper resting place for the bones of their ancestors and if this is felt deeply enough, they should be willing to move the bones without being paid for doing so<sup>25</sup>.

### **Le respect des volontés indiennes**

En effet, au-delà des considérations financières, les responsables des Affaires indiennes ont généralement fait preuve de respect et de tolérance à l'égard des demandes des Indiens

- 
- 23. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *New Westminster Agency, Fraser District – Correspondence Regarding a Cemetery Site on the Graveyard Reserve 5 for the Katzie Band*, Indian Affairs, Central Registry Files, 1874-1959, RG-10, vol. 8095, dossier 987/36-7-15-5, 1897-1940, p. 45.
  - 24. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Saddle Lake Agency – General Correspondence re Cemetery Site*, Indian Affairs, Central Registry Files, 1874-1959, RG-10, vol. 8063, dossier 779/36-7, 1, 1929-1946, p. 7-8.
  - 25. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, préc., note 22, dossier 974/36-7-22-4, 1, p. 7.

relatives aux cimetières et au traitement des défunts, comme en témoigne, au premier chef, le constant souci de consulter et d'obtenir l'approbation d'une bande avant d'entreprendre ou d'approuver quelque initiative que ce soit. Par exemple, tout déplacement de sépultures indiennes, même lorsque la demande émanait d'une municipalité, devait faire l'objet d'une consultation et d'un accord par la bande concernée, comme à Port Hammond sur le fleuve Fraser, lorsqu'un supérieur donna comme instruction à l'agent Byrne sur place « to see the town authorities and ascertain what they are willing to do in the way of defraying the cost of removal, purchase of a new cemetery, etc. It will also be necessary to interview the Kitzie Indians in order to overcome any scruples of a sentimental nature »<sup>26</sup>. Quelques années plus tard, dans une situation similaire, l'instruction suivante a été transmise à l'agent responsable de la bande de Seabird Island au nord de Chilliwack en Colombie-Britannique :

I am directed to say that the Department is agreeable to your taking up the matter with the Municipality of Kent as above suggested, but the Indians should be consulted and their approval to the new site obtained, and it should be clearly understood that this Department is to be put to no expense for the removal of the bodies or for compensation to the Municipality for any site given as a burial ground for the Indians...<sup>27</sup>

Dans le même sens, les circonstances impliquaient fréquemment que les Affaires indiennes prennent parti contre les

---

26. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *New Westminster Agency, Fraser District – Correspondence Regarding a Cemetery Site of the Kitzie Band*, Indian Affairs, Central Registry Files, 1874-1959, RG-10, vol. 8095, dossier 987/36-7-15, 1, 1912, p. 4; voir aussi BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Cape Croker Agency – Correspondence Regarding the Sale of Lots from the Old Indian Burying Ground Comprising Lots 97 and 99 on Amelia Street in the Townplot of Brooke and Notices from the Municipality of the Township of Saramak that Bodies of Indians Interred There Must be Removed by Relations (Clippings)*, Indian Affairs, Red Series, RG-10, vol. 3053, dossier 244, 210, 1902-1903, p. 30.

27. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, préc., note 16, dossier 987/36-7-33, 1, p. 5.



volontés des missionnaires et du clergé en matière de traitement des sépultures indiennes. Les fonctionnaires ont rappelé au missionnaire Déléage, qui souhaitait déménager le cimetière des Indiens de la bande de River Desert (Maniwaki) au Québec, que « the Department cannot sanction it without the consent of the Indians having being first obtained »<sup>28</sup>, tandis qu'en 1931, le responsable des Affaires indiennes pour la Colombie-Britannique informait ses supérieurs que :

Some difficulty was caused by the local missionary, Father Cullinan, suddenly demanding authority to exhume the body of late Isaac Harris, who committed suicide over a year ago, and was buried in what is claimed to be consecrated ground on the Reserve, the intention being to bury the remains outside the cemetery [...] I took up the matter with archbishop Duke, of Vancouver, with a view to allowing the body to rest in view of the length of time which had elapsed and to avoid the hardship on man's relatives, particularly in view of the fact that there were no eye-witnesses to the tragedy and the relatives' insistence that it was not a case of suicide. However, the Church authorities insist upon proceeding with the matter [...] the Indians of this Band would not under any circumstances permit the removal of the body unless I ordered it. [...] I understand that a permit was forwarded to Father Cullinan direct, but, as anticipated, the Indians refused to move the deceased and no further move was made in the matter by the Church<sup>29</sup>.

Même lorsqu'un évêque intervenait auprès des Affaires indiennes pour faire déplacer des sépultures, comme cela s'est

- 
- 28. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Maniwaki Reserve – Proposal by Father R. Deléage to Move the Burial Ground from One Site to Another on the Land of James O'Hagan, 1873-1874*, Indian Affairs, RG-10, vol. 1914, dossier 2646, 1873-1874, p. 7.
  - 29. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Okanagan Agency, Kootenay – Okanagan District – Correspondence Regarding a Cemetery Site on the Duck Lake Reserve 7 (Okanagan Band)*, Indian Affairs, Central Registry Files, 1874-1959, RG-10, vol. 8082, dossier 982/36-7-1-7, 1910-1931, p. 46, 49-50.

produit au sujet du vieux cimetière indien de Chicoutimi en 1879, les responsables de l'organisme ont souligné que « in consequence of the superstition with which the Indians generally regard their dead and their unwillingness to allow any interference with the places where they are buried, it was not considered advisable to bring such matters before the Indians for consideration<sup>30</sup> ». Cette préoccupation envers toute intervention dans le domaine des rapports entre les Indiens et leurs défunts s'exprimait également à travers le refus de forcer plusieurs bandes à partager un même cimetière<sup>31</sup>. En fait, il fallait des situations exceptionnelles, tel un risque de propagation de maladies en raison de l'insalubrité d'un lieu d'inhumation, pour que les Affaires indiennes non seulement s'engagent à financer, mais à autoriser le déplacement de cadavres sans nécessairement obtenir l'autorisation de la bande concernée<sup>32</sup>.

S'il est difficile d'établir dans quelle mesure des considérations éthiques ont pu guider une telle posture de la part des Affaires indiennes<sup>33</sup>, il apparaît plus clair que des considérations pratiques, liées au souci d'éviter le mécontentement et les soulèvements au sein des collectivités autochtones, entraient en ligne de compte. Outre l'attitude de respect à l'égard du rapport qu'entretenaient les bandes indiennes avec leurs défunts, les fonctionnaires portaient une grande attention aux incidents de profanation des cimetières indiens. À cette époque, il était relativement fréquent que des chercheurs

---

30. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Application By Bishop Racine of Chicoutimi to Have the Remains of Indians Removed from the Cemetary*, Indian Affairs, Red Series, RG-10, vol. 2086, dossier 13,105, 1879, p. 6.

31. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, préc., note 16, dossier 987/36-7-33, 1, p. 11.

32. *Id.*, p. 14.

33. Soulignons que l'historien Philippe Ariès a déjà proposé l'existence en Occident, à compter du 19<sup>e</sup> siècle, d'un « culte moderne des tombeaux et des cimetières » en lien avec une manifestation plus ostentatoire du deuil (Philippe ARIÈS, *Essais sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Éditions du Seuil, 1975, p. 57-62).

amateurs, parfois sous l'égide de sociétés d'archéologie<sup>34</sup>, fouillent des sépultures indiennes sans en informer les populations concernées ou sans demander leur permission, leur conviction voulant que si des ossements étaient très anciens et sans lien évident avec les occupants indiens du secteur, il n'y avait pas d'embarras à procéder. Même les archéologues professionnels n'hésitaient pas à faire de même<sup>35</sup>. D'autres fois, il s'agissait de simples citoyens qui s'adonnaient à déterrer des sépultures indiennes, y compris dans les limites des réserves, pour y recueillir des ossements ou encore des objets déposés dans les sépultures à titre d'objets de curiosité<sup>36</sup>. Ceci n'était pas sans déplaire aux collectivités indiennes concernées<sup>37</sup>, de telle sorte que les Affaires indiennes ont cru bon d'établir certaines balises :

It would be well however in order to prevent any trouble in future that persons be not allowed to excavate upon the reserve at all without the authority of the Dept as such action although it may be carried on from purely scientific motives is always open to misconstruction [...] it would be advisable to conduct the investigations into archaeological and historical subjects with greater formality as there is always a possibility of disagreeable consequences arising from the most innocent trespass upon Indian lands, and the Dept will always be glad to aid competent scientists in the collection of information bearing upon the manners & customs of the aborigines<sup>38</sup>.

- 
34. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Walpole Island Agency – Complaint of Chief Ashkebee and John Yakmodt that Certain Persons Have Dug Up the Remains of Indians at the Burial Places on Walpole Island*, Indian Affairs, Red Series, RG-10, vol. 2632, dossier 128,246, 1892, p. 19-25.
35. Bruce G. TRIGGER, « A Present of Their Past? Anthropologists, Native People, and Their Heritage », (1988) 8 (1) *Culture* 71, 71-79.
36. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *West Coast Agency – Correspondence Regarding the Prosecution of A. J. McCordie for Removing a Skull From an Indian Grave Near Alberni, 1898*, Indian Affairs, Black Series, RG-10, vol. 3990, dossier 176,734, 1898, p. 6, 10-11.
37. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, préc., note 34, dossier 128, 246, p. 3.
38. *Id.*, p. 30-32.

Parallèlement, lors d'une refonte de la *Loi sur les Indiens* en 1927, le gouvernement fédéral a inclus, principalement à l'intention des citoyens de la Côte-Nord-Ouest une disposition voulant que :

Sans le consentement par écrit du surintendant général, il est interdit à qui que ce soit d'acquérir, par un moyen quelconque, un titre à une maison funéraire indienne, à un monument commémoratif sculpté, à un poteau totémique, à un support sculpté de maison indienne ou à un grand rocher orné d'images gravées ou peintes; et nulle maison funéraire indienne, nul monument commémoratif sculpté, poteau totémique, support de maison sculpté ou grand rocher orné d'images gravées ou peintes, dans une réserve indienne, ne doit être enlevé, emporté, mutilé, défiguré, détérioré ou détruit, sans ce consentement par écrit<sup>39</sup>.

De plus, les responsables des Affaires indiennes se sont assurés, d'une part, que les individus qui profanaient des cimetières indiens soient traduits en justice, comme ce fut le cas pour un certain McCordie qui s'était emparé du crâne d'un Indien inhumé dans un cimetière de la Colombie-Britannique : « As the Indians, as a tribe, are known to have the deepest veneration for the remains of their dead, and are consequently most sensitive and easily excited by interference with their places of interment, I considered it in the interest of law and order, as affecting Indians and whites alike, to have one man McCordie prosecuted »<sup>40</sup>. Rappelons qu'en fonction du Code criminel, non seulement le fait de commettre « quelque indignité, indécence ou profanation sur un cadavre humain ou des restes humains, inhumés ou non » était passible de cinq ans d'emprisonnement<sup>41</sup>, mais l'article 352 stipulait spécifiquement que :

---

39. *Loi concernant les Indiens*, S.C. 1927, c. 98, art. 109(2).

40. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, préc., note 36, dossier 176,734, p. 12-14.

41. *Code criminel* (1892), 55-56 Vict., c. 29, art. 206.

[q]uiconque dérobe, ou illégalement endommage ou enlève quelque image, figure, ossement, article ou chose déposé dans ou près un tombeau de Sauvage, est coupable de contravention et passible, pour une première infraction, sur conviction par voie sommaire, d'une amende de cent piastres au plus ou de trois mois d'emprisonnement, et, pour toute récidive, de la même amende et de six mois d'emprisonnement aux travaux forcés<sup>42</sup>.

D'autre part, les Affaires indiennes étaient aussi d'avis que les dommages infligés à certains lieux de sépulture devaient être réparés, comme lorsqu'une compagnie forestière avait coupé des arbres contenant des boîtes funéraires de la bande Tsawataineuk établie dans le détroit de la Reine Charlotte<sup>43</sup>. Devant cette situation, les responsables des Affaires indiennes avaient émis cet avis à leur agent sur place : « it does not appear to the Department on what ground the Company could be prosecuted. It seems to the Department, however, that the Company ought to have these bodies decently buried, and would be glad if you would take this matter up and see that they are buried in some suitable place »<sup>44</sup>.

Enfin, l'approche conciliante des Affaires indiennes à l'égard des attentes des Indiens s'est manifestée sur d'autres plans, comme lorsqu'elles ont financé et collaboré à la recherche d'anciennes sépultures sur une île ayant fait l'objet d'un

---

42. *Id.*, art. 352.

43. Au sujet de cette pratique, il était rapporté dans la correspondance que « the old custom of the Indians with regard to the burial of the dead was in many instances to put the body in a box, climb up as large a tree as possible and secure the box with the corpse in it to the upper limbs of the trees and in descending the trees to cut off the limbs so that no one could climb up to disturb the boxes. [...] the graves are old ones the latest being upwards of two years [... other graves] were not on trees but in small houses on the ground built over the coffin or box. » (BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Kwawkewlth Agency, North Island District – Correspondence Regarding a Cemetery Site on the Quae Reserve 7 (Tsayataineuk Band)*, Indian Affairs, Central Registry Files, 1874-1959, RG-10, vol. 8078, dossier 978/36-7-15-7, 1, 1911-1942, p. 3).

44. *Id.*, p. 4.

« surrender » en vue de la création d'un parc national dans la baie Georgienne<sup>45</sup>, lorsque venait le temps d'acheter des terrains pour agrandir un cimetière de bande<sup>46</sup> ou encore, lorsqu'il fallait défendre les intérêts d'une bande dont les sépultures d'ancêtres situées hors réserve risquaient d'être perturbées<sup>47</sup>. Pour bien comprendre cette attitude favorable des Affaires indiennes, il convient d'abord de considérer toute l'importance que les collectivités indiennes accordaient aux sépultures et aux restes de leurs ancêtres.

### **Le rapport des Indiens avec les lieux de sépultures**

Le rapport aux défunts constitue depuis toujours une composante fondamentale du système de référence spirituel des populations indiennes du Canada. Comme le résumait Angela Riley :

...no cultural practice is more fundamental to group identity and survival than treatment of the dead. Burial practices are, in almost all cultures, indicative of religious beliefs, value for human life, reverence for the land, and relationships with nature. This is particularly true for indigenous peoples, who are forever linked to their dead, as they define themselves through their history and place as connected to ancestors, the environment, and the

- 
- 45. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Penetanguishene Agency – Correspondence Regarding the Georgian Bay Islands National Park Including Beausoleil Island, the Indian Reserve Formerly Owned by the Christian Island Band and Surrendered 5 June 1856, and Ancient Graves (Biography of Captain Borland and the Colborne and Penetanguishene; Plans, Clippings)*, Indian Affairs, Red Series, RG-10, vol. 2865, dossier 176,296-89B, 1897-1947.
  - 46. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Nass Agency, North Coast District – Correspondence Regarding a Cemetery Site at the Port Essington Village (Kitselas Band)*, Indian Affairs, Central Registry Files, 1874-1959, vol. 8083, dossier 984/36-7-6-0, 1912-1934; BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Lytton Agency, Thompson River District – Correspondence Regarding A Cemetery Site on the Nicola Maneet Reserve 1. (Plans)*, Indian Affairs, Central Registry Files, 1874-1959, RG-10, vol. 8076, dossier 976/36-7-12-1, 1924-1943.
  - 47. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, préc., note 29, dossier 982/36-7-1-7.

earth. [...] Although the philosophical and religious ideas of Native peoples are diverse, the vast majority of Indians hold one core belief: that the dead remain connected to the living and to the physical remains they left behind<sup>48</sup>.

C'est à la lumière de cette relation particulière que doit être comprise l'importance que les collectivités indiennes du Canada attribuaient aux lieux de sépultures et aux dépouilles des défunts, et qui se reflétait dans le souci de disposer de lieux d'inhumation adéquats et d'en assurer l'intégrité. Ainsi, les Indiens de la bande de Katzie en Colombie-Britannique, qui avaient l'habitude d'inhumer leurs défunts « by placing them in boxes on the side of a mountain on Pitt River, and covering them with a shed build of cedar sheets to kept the rain off »<sup>49</sup>, ont émis le souhait, en 1897, d'obtenir un cimetière pour désormais y inhumer en terre leurs défunts depuis qu'un feu de forêt avait détruit des sépultures traditionnelles<sup>50</sup>. Une démarche pour laquelle les Affaires indiennes ont accepté de défrayer le coût d'achat d'un terrain situé hors des limites de la réserve<sup>51</sup>. Dans d'autres cas, ce sont des risques ou des problèmes d'érosion qui incitaient les membres d'une bande à prendre les mesures nécessaires pour assurer la protection des sépultures<sup>52</sup>. La correspondance des Affaires indiennes témoigne aussi de la réticence, sinon du refus, des bandes à voir leurs lieux de sépultures être déplacés, soit en raison du développement, du fait qu'ils se trouvaient désormais en milieu urbain, ou parce qu'une réserve devait être déplacée<sup>53</sup>. Comme le soulignait le superintendant Vowell en 1898, « The

- 
48. Angela R. RILEY, « Indian Remains, Human Rights: Reconsidering Entitlement Under the Native American Graves Protection and Repatriation Act », (2002) 34 *Columbia Human Rights Law Review* 49, 58-59.
49. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, préc., note 23, dossier 987/36-7-15-5, p. 6.
50. *Id.*, p. 6.
51. *Id.*, p. 7.
52. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, préc., note 22, dossier 974/36-7-22-4, 1, p. 3, 6.
53. Bibliothèque et Archives Canada, préc., note 23, dossier 987/36-7-15-5, p. 39; BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, préc., note 28, dossier 2646, p. 4.

Indians, as a rule, are known to have the deepest veneration for the remains of their dead, and are consequently most sensitive and easily excited by interference with their places of internment »<sup>54</sup>. C'est pourquoi, même après avoir cédé l'île Beausoleil dans la baie Georgienne, des Chippewas ont souhaité continuer d'y enterrer leurs morts, vraisemblablement pour éviter de déplacer les corps déjà inhumés et pour disperser les défunts en divers endroits<sup>55</sup>.

Les archives témoignent également du souci des Indiens de conserver une proximité avec les sépultures et une facilité d'accès à celles-ci. Par exemple, lors du transfert d'une réserve, des demandes étaient faites aux Affaires indiennes pour que les sépultures soient exhumées et transportées au nouveau lieu d'établissement pour y être de nouveau enterrées<sup>56</sup>. Lorsqu'il fallait s'absenter longtemps de la réserve pour des raisons économiques, les proches parents étaient plutôt inhumés à proximité des lieux de travail<sup>57</sup>, et des bandes n'étaient pas réfractaires à l'idée de partager des lieux de sépulture avec la population eurocanadienne si cela permettait de continuer d'inhumer des défunts à proximité de leur réserve; la bande de Kitselas, à l'est de Prince Rupert, enterrait ses morts dans un cimetière « for Whites, Orientals and others »<sup>58</sup>. Ce type de cohabitation semblait moins plaire aux non-Indiens par contre<sup>59</sup>. D'autres indices laissent entrevoir l'importance des cimetières et des défunts en tant que véhicules et symboles d'historicité qui

---

54. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, préc., note 36, dossier 176,734, p. 12.

55. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, préc., note 45, dossier 176,296-89B, p. 66.

56. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, préc., note 18, dossier 987/36-7-7-2, 1, p. 5. À certains égards, une telle préoccupation des Indiens s'inscrivait en contraste avec la tendance au Canada comme en Occident à tenir les cimetières à distance des lieux d'établissement, notamment pour des raisons sanitaires. Voir Meredith WATKINS, « The Cemetery and Cultural Memory: Montreal, 1860-1900 », (2002) 31(1) *Urban History Review*, 53.

57. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, préc., note 46, dossier 984/36-7-6-0, p. 8.

58. *Id.*, p. 5.

59. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, préc., note 16, dossier 987/36-7-33, 1, p. 8.



permettaient d'ancrer l'identité collective dans la diachronie; des aînés relataient ainsi comment des individus enterrés dans leur cimetière de bande étaient décédés d'une épidémie de rougeole particulièrement meurtrière<sup>60</sup>, alors qu'en 1876, dix-sept bandes indiennes de l'Ontario ont demandé au gouvernement fédéral que la dépouille de Tecumseh soit retrouvée et rapatriée pour être inhumée au côté de celles d'autres chefs de guerre indiens<sup>61</sup>.

Au-delà des considérations d'ordre religieux, les cimetières indiens se sont aussi retrouvés au centre d'enjeux politiques et de luttes d'influence, notamment dans le cadre des rapports avec les missionnaires. Si, d'une part, les religieux pouvaient refuser que des Indiens se réclamant d'une autre religion ou ne respectant pas leur autorité et les préceptes de leur religion soient inhumés dans les cimetières consacrés, de leur côté, en défiant de tels interdits, comme l'on fait, entre autres, les Iroquois de St-Régis<sup>62</sup>, les Indiens affirmaient leur volonté d'autonomie envers les pouvoirs extérieurs. Du même souffle, d'autres circonstances ont incité des collectivités indiennes à dénoncer des actions posées par les Affaires indiennes en lien avec les cimetières et jugées contraires à leurs volontés; le chef de bande des Abénaquis de Saint-François

---

60. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Lytton Agency, Thompson River District – Correspondence Regarding the Papyum Graveyard 27<sup>e</sup> on the Lytton Reserve*, Indian Affairs, Central Registry Files, 1874-1959, RG-10, vol. 8076, dossier 976/36-7-22-27C, 1, 1914, p. 4; voir également BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, préc., note 29, dossier 982/36-7-1-7, p. 33.

61. Sa sépulture n'a jamais été retrouvée, et encore dans les années 1920, des Indiens de Walpole Island mentionnaient avoir les ossements de Tecumseh en leur possession, alors que pour d'autres, le lieu de sa sépulture n'était connu que de ses descendants et ce secret n'allait jamais être révélé. Voir BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Correspondence Concerning the Location of the Grave of Tecumseh Killed in the Battle of Moraviantown, October 15, 1813*, Indian Affairs, Red Series, RG-10, vol. 1993, dossier 6828, 1876-1934, p. 4, 43, 190.

62. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *St. Regis Reserve – Survey of the Graveyard and Complaints against Reverend Marcoux. 1872-1876*, Indian Affairs, RG-10, volume 1876, dossier 933, 1872-1876, p. 42, 63; voir également BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, préc., note 28, dossier 2646, p. 8.

(aujourd'hui Odanak) a dénoncé le fait que les fonctionnaires aient autorisé des fonds pour l'inhumation d'un jeune de moins de 21 ans selon le rituel catholique sans l'accord du conseil de bande, en soulignant que « an important section of the band do not believe in purgatory nor in the efficiency of the priest's prayers to better the condition of the departed soul »<sup>63</sup>. Cet exemple montre qu'un certain pluralisme religieux prévalait sur la réserve et que les efforts d'acculturation et d'évangélisation depuis longtemps déployés par les autorités politiques et religieuses n'avaient pas entièrement éradiqué les fondements d'une spiritualité plus traditionnelle.

Certes, des cas ont été rapportés selon lesquels des bandes ignoraient la localisation exacte de leur cimetière ou le nombre de sépultures qu'il pouvait contenir<sup>64</sup>, qu'un cimetière de bande avait été complètement gagné par la végétation au point de n'être presque plus visible<sup>65</sup>, que des Indiens employés par des exploitants forestiers avaient eux-mêmes abattu des arbres contenant des sépultures traditionnelles ou que certains n'accordaient que peu d'intérêt aux plus anciennes sépultures<sup>66</sup>. Mais de telles situations se voulaient marginales. Dans l'ensemble, les cimetières et le rapport aux défunts constituaient des réalités sensibles et significatives pour les collectivités indiennes, et les autorités des Affaires indiennes en étaient pleinement conscientes. D'où l'attitude particulièrement conciliante dont elles ont fait preuve par rapport aux croyances et aux demandes des Indiens

---

63. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *St. François Agency – Resolution Passed by the Abénakis of St. François Granting \$5.00 to Individuals for the Burial Expenses of Members of Their Family*, Indian Affairs, Red Series, RG-10, vol. 2535, dossier 110-804, 1890-1902, p. 40.

64. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Cowichan Agency South Island District – Correspondence Regarding A Cemetery Site for the Tseycum Band on the Union Bay Reserve 4*, Indian Affairs, Central Registry Files, 1874-1959, RG-10, vol. 8069, dossier 978/36-7-15-2, 1, 1926-1949, p. 3.

65. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *West Coast Agency South Island District – Correspondence Regarding A Cemetery Site for the Sheshaht Band on the Tsahaheh Reserve 1*, Indian Affairs, Central Registry Files, 1874-1959, RG-10, vol. 8069, dossier 978/36-7-32-1, 1, 1923-1924, p. 4.

66. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, préc., note 43, dossier 978/36-7-15-7, 1, p. 5.

durant la période à l'étude. Une telle attitude pourrait découler d'une conviction chez les fonctionnaires suivant laquelle la plupart des Indiens avaient été convertis au christianisme et qu'en conséquence, il n'y avait plus à se préoccuper de les détacher de leurs pratiques et croyances « païennes ». L'usage de cimetières consacrés sur les réserves ne constituait-il pas le meilleur indice d'une conversion achevée<sup>67</sup>? D'où la nécessité de montrer autant de respect envers les rapports aux défunts des Indiens qu'envers celui des autres citoyens chrétiens.

Pourtant, il ressort clairement de la lecture de la documentation disponible que les fonctionnaires des Affaires indiennes ne pouvaient pas ignorer la persistance, plus ou moins manifeste, des systèmes de référence spirituels traditionnels au sein des collectivités indiennes, et plusieurs indices laissent plutôt croire que les responsables politiques cherchaient surtout à éviter de heurter les collectivités indiennes et de provoquer des soulèvements. D'où les expressions du genre « in order to prevent any trouble » ou « in the interest of law and order » qui accompagnaient fréquemment leurs directives aux agents sur le terrain. Cette préoccupation s'inscrivait d'ailleurs en continuité avec les diverses dispositions de la *Loi sur les Indiens* visant à encadrer la vie sociale dans les réserves et les rapports avec les non-Indiens ainsi qu'avec certains articles du Code criminel, notamment l'article 98 qui prévoyait un maximum de deux ans d'emprisonnement pour « quiconque induit, engage ou provoque des sauvages, des sauvages non compris dans les traités, ou des métis agissant apparemment de concert, au nombre de trois ou plus »<sup>68</sup>. Elle s'inscrivait aussi dans l'esprit des traités numérotés qui, entre 1871 et 1921, ont permis à l'État canadien d'ouvrir

---

67. Rappelons qu'avant l'adoption de cimetières semblables à ceux des Eurocanadiens, les Indiens du Canada recouraient à divers modes de disposition individuelle ou collective des dépouilles, tel le recours aux sépultures sous terre, en surface ou juchées dans les arbres, la momification, la crémation ou encore le dépôt des corps dans des embarcations abandonnées au fil du courant. Voir William Henry CARTER, *Medical Practices and Burial Customs of North American Indians*, London, Namind, 1973.

68. *Code criminel* (1892), préc., note 41, art. 98.

l'essentiel des territoires de l'Ouest à la colonisation; les textes des traités se concluaient habituellement par un paragraphe semblable à celui-ci, tiré du Traité 2 signé en 1871 :

Et les chefs soussignés, pour eux et tous les autres Indiens habitant le territoire ainsi cédé, promettent et s'engagent solennellement par le présent d'observer fidèlement ce traité, et aussi de se conduire en bons et loyaux sujets de Sa Majesté la Reine. Ils font la promesse et l'engagement que sous tous rapports ils obéiront à la loi; de maintenir la paix et le bon ordre entre eux, ainsi qu'entre eux et les autres tribus d'indiens et autres sujets de Sa Majesté, Indiens ou Blancs, habitant actuellement ou qui habiteront par la suite aucune partie de la dite étendue cédée, et de ne molester aucune personne et de ne faire aucun tort à la propriété des habitants de cette étendue cédée, ni aux propriétés de Sa Majesté la Reine; et de ne nuire ou déranger aucun passant ou voyageant sur la dite étendue ou sur aucune partie d'icelle; et d'aider aux officiers de Sa Majesté à amener à justice et punition tout Indien contrevenant aux stipulations de ce traité ou aux lois en vigueur dans le territoire ainsi cédé<sup>69</sup>.

Tout ceci vient renforcer l'idée que l'objectif premier de la politique indienne et de la *Loi sur les Indiens* était de favoriser la colonisation et le développement du pays, et non l'acculturation et l'émancipation des Indiens; celles-ci se voulaient plutôt des moyens parmi d'autres pour atteindre cet objectif premier. À une époque où il fallait favoriser l'installation de nouvelles populations dans l'ouest du pays en particulier, il y avait tout intérêt pour l'État canadien d'instaurer dans cette région une paix sociale propice à la venue de nouveaux colons. De la même façon qu'il s'était montré tolérant à l'égard de certains groupes ethnoreligieux minoritaires afin de les conforter dans leur choix de s'établir dans les Prairies et en Colombie-Britannique, l'État canadien en a fait de même à l'égard de revendications à teneur religieuse des

---

69. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Documents de la Session, volume 7, cinquième session du premier Parlement de la puissance du Canada*, Ottawa, n° 22, 1872, p. 24.

communautés indiennes, dans ce cas précis en vue de ne pas entraver le processus de colonisation.

### **Conclusion**

L'État canadien a depuis longtemps adopté une politique de tolérance face à la diversité culturelle et religieuse, une tolérance pragmatique et adaptable en fonction des contextes, des populations et des impératifs nationaux, et dont le point de référence demeurerait ce qui était jugé raisonnable dans le meilleur intérêt de la nation. Cette approche s'est avérée profitable, dans la mesure où les conflits majeurs en matière de cohabitation multiculturelle ou multiconfessionnelle ont été relativement rares dans l'histoire du pays. Les observations qui précèdent mettent en évidence que les responsables et les fonctionnaires des Affaires indiennes ont appliqué la même politique à l'échelle de leur organisme. Non seulement ont-ils toléré la persistance de croyances et de pratiques religieuses traditionnelles indiennes, ici en lien avec le rapport aux défunts, mais ils les ont protégées d'une certaine manière, parfois même au détriment du travail des missionnaires et des visées émancipatrices<sup>70</sup>. Dans ce cas particulier, il s'agissait de préserver la paix sociale particulièrement nécessaire dans les nouvelles régions de colonisation, et ce, en vue de favoriser un développement jugé essentiel pour l'avenir de la nation.

---

70. Jim R. Miller a déjà contribué à nuancer l'idée d'une absolue convergence d'intérêts entre l'État et le clergé dans leur façon d'aborder la problématique indienne. Voir Jim R. MILLER, « The State, The Church, and Indian Residential Schools in Canada », dans Marguerite VAN DIE (éd.), *Religion and Public Life in Canada. Historical and Comparative Perspectives*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, p. 109-129. Sur la persistance de certaines pratiques funéraires indiennes au 19<sup>e</sup> siècle, voir Paul HACKETT, « Historical Mourning Practices Observed among the Cree and Ojibway Indians of the Central Subarctic », (2005) 52(3) *Ethnohistory* 503, 503-532.



**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LE TRAITEMENT DE LA DIVERSITÉ CULTURELLE ET RELIGIEUSE PAR LE  
CODE CRIMINEL DE 1892 : LES EXEMPLES DE LA POLYGAMIE  
MORMONE ET DE LA PROSTITUTION DE LA « FEMME SAUVAGE »

**Auteur(s) :** Marie-Pierre ROBERT

**Revue :** *RDUS*, 2013, numéro Hors série

**Pages :** 131-158

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10248>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10248>

*Page vide laissée intentionnellement.*



## ARTICLE

---

# LE TRAITEMENT DE LA DIVERSITÉ CULTURELLE ET RELIGIEUSE PAR LE CODE CRIMINEL DE 1892 : LES EXEMPLES DE LA POLYGAMIE MORMONE ET DE LA PROSTITUTION DE LA « FEMME SAUVAGE »

par Marie-Pierre ROBERT\*

*Ce texte analyse le traitement de la diversité culturelle et religieuse par le Code criminel de 1892 à partir de deux exemples de dispositions qui font explicitement référence à de telles minorités : celle relative à la criminalisation de la polygamie, qui mentionne la pratique du mariage spirituel ou plural des mormons, et celle relative à la prostitution de la « femme sauvage ». Dans les deux cas, les dispositions seront analysées en tenant compte du contexte socio-historique dans lequel elles ont été adoptées.*

*Cette étude d'infractions qui visent les relations maritales et sexuelles fera ressortir le fait que le droit criminel de l'époque, fortement empreint de la morale victorienne, a été utilisé comme un outil d'assimilation des minorités dont les mœurs différentes étaient jugées immorales.*

---

*This text analyses how the 1892 Criminal Code deals with cultural and religious diversity, using two examples of provisions making explicit reference to minorities: the section on polygamy, which mentions Mormon spiritual and plural marriages, and the section on the prostitution of Indian women. In both cases, the provisions will be analysed taking into account the socio-historical context in which they were adopted.*

*The study of these offenses relating to marital and sexual relations will highlight the fact that the criminal law of the time, greatly influenced by Victorian morality, was used as a tool to assimilate minorities with different customs seen as immoral.*

---

\* . Professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et codirectrice du Centre de recherche Société, Droit et Religions de l'Université de Sherbrooke (SoDRUS).

## **SOMMAIRE**

<b>Introduction .....</b>	<b>133</b>
<b>1. La polygamie ou le mariage spirituel des mormons...</b>	<b>136</b>
1.1 La polygamie chez les mormons .....	136
1.2 L'historique de la criminalisation de la polygamie au Canada.....	137
1.3 L'effet de cet historique sur la constitutionnalité de la criminalisation de la polygamie .....	142
<b>2. La prostitution de la « femme sauvage » .....</b>	<b>144</b>
2.1 Les distinctions entre l'infraction visant la prostitution de la femme indienne et les dispositions générales applicables à la prostitution.....	147
2.2 L'association de l'Indienne à la prostitution .....	149
2.3 Pourquoi prévoir une disposition spécifique à ce sujet? .....	154
<b>Conclusion .....</b>	<b>156</b>

## Introduction

Le *Code criminel*<sup>1</sup> canadien, sanctionné le 9 juillet 1892, était l'un des premiers codes criminels adopté par un pays de l'Empire britannique<sup>2</sup>. La Grande-Bretagne avait elle-même tenté de codifier son droit criminel quelques années auparavant, mais sans succès. Le projet britannique rédigé par James Fitzjames Stephen a d'ailleurs servi de base aux travaux de codification canadiens<sup>3</sup>, pilotés par John Thompson<sup>4</sup>, ministre de la Justice conservateur sous John A. MacDonald, puis sous John Abbott. Après avoir réussi son grand projet de codification du droit criminel, Thompson deviendra premier ministre du Canada, jusqu'à son décès en 1894.

Le *Code criminel* définit principalement les infractions, les peines applicables<sup>5</sup> ainsi que la procédure criminelle. Ses buts à l'origine étaient de simplifier la procédure, notamment en abandonnant la distinction traditionnelle entre les *felonies* et les *misdemeanours*, ainsi que de rendre le droit criminel plus accessible au public. La codification des principes généraux de la responsabilité pénale n'était cependant pas la priorité, le principe de légalité et la présomption d'innocence ne figurant même pas au Code. Cette loi a été adoptée assez rapidement, soulevant

- 
1. *Code criminel*, (1892) 55-56 Vict. c. 29. Il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1893. Dans ce texte, les références au *Code criminel* visent le Code de 1892 et non celui qui est en vigueur actuellement.
  2. Un Code pénal, considéré comme étant de haute qualité, est entré en vigueur en 1862 dans l'Empire britannique des Indes, bien avant l'indépendance du pays. Graham PARKER, « The Origins of the Canadian Criminal Code », dans David H. FLAHERTY (dir.), *Essays in the History of Canadian Law*, vol. 1, chap. 7, Toronto, University of Toronto Press, 1981, 249, à la page 251.
  3. Desmond H. BROWN, *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*, Toronto, University of Toronto Press, 1989.
  4. Desmond H. BROWN, « Parliamentary Magic: Sir John Thompson and the Enactment of the Criminal Code », (1992-1993) 27 *Revue d'études canadiennes* 26.
  5. Voir à ce sujet Fernando ACOSTA, « Récit de voyage à l'intérieur du Code criminel de 1892 où entre autres mention est faite des peines auxquelles ses transgresseurs s'exposent », (1995) 28 *Criminologie* 81.

relativement peu de débats – compte tenu de l'importance du projet – tant dans la communauté juridique qu'au Parlement<sup>6</sup>. La plupart des commentaires portaient sur des points mineurs, très peu visaient l'idée même d'une codification ou les principes généraux du droit criminel<sup>7</sup>.

Ce premier *Code criminel* constitue, encore aujourd'hui, la base de notre droit criminel, aucune réforme majeure n'ayant été faite depuis. Seules quelques révisions ont tenté de mettre un peu d'ordre dans cette loi qui a été amendée à de très nombreuses reprises<sup>8</sup> depuis son entrée en vigueur. Il en résulte un Code compliqué, hermétique, qui n'a plus de logique interne<sup>9</sup>.

Le *Code criminel* de 1892 est le fruit de son époque. Guidé par la morale victorienne, il a été considérablement influencé par le christianisme. Dans cette logique, Stephen ne voyait pas le besoin de définir trop précisément les crimes, car il assimilait ceux-ci aux péchés, qui sont facilement reconnaissables selon lui<sup>10</sup>. Les rédacteurs du Code n'étaient donc pas du tout empreints de la philosophie des droits et libertés : « The common lawyers

---

6. D. H. BROWN, préc., note 4, p. 35 et suiv. Pour consulter les principaux documents d'archive relatifs à l'adoption du *Code criminel*, voir Desmond H. BROWN (dir.), *The Birth of a Criminal Code : The Evolution of Canada's Justice System*, Toronto, University of Toronto Press, 1995.

7. G. PARKER, préc., note 2, 271-274. Le juge Taschereau, de la Cour suprême du Canada, fait cependant exception à cette règle.

8. Pour une analyse des modifications législatives effectuées au *Code criminel*, voir André CELLARD et Gérard PELLETIER, « La construction de l'ordre pénal au Canada, 1892-1927 : approches méthodologiques et acteurs sociaux », (1999) 23 *Déviante & Société* 367; Alan W. MEWETT, « The Canadian Criminal Code, 1892-1992 », (1993) 72 *Rev. du B. can* 1.

9. Voir Gilles LÉTOURNEAU, « Le Code criminel canadien ou la faillite du pouvoir législatif », dans Josiah WOOD et Richard C.C. PECK (dir.), *100 years of the Criminal Code in Canada : essays commemorating the centenary of the Criminal Code in Canada / Le centenaire du Code criminel du Canada : mémoires commémorant le centenaire du Code criminel du Canada*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1993, à la page 67.

10. G. PARKER, préc., note 2, à la page 251.

who drafted the Code had no love for the Yankee ideas of democracy, civil liberties, or bills of rights »<sup>11</sup>.

L'édiction d'un *Code criminel* canadien s'inscrivait au contraire dans le projet de *nation-building* de John A. MacDonald, au même titre que la construction d'un chemin de fer reliant le pays d'un océan à l'autre<sup>12</sup>. Ce projet de construction d'une nation vertueuse était notamment basé sur une conception traditionnelle de la famille ainsi que sur les différents rôles pour l'homme et la femme qu'elle implique<sup>13</sup>.

Dans ce contexte, nous nous sommes posé la question de savoir comment le *Code criminel* de 1892 traitait la diversité culturelle et religieuse. Pour répondre à cette question, nous avons identifié deux dispositions du Code qui ciblent explicitement des minorités, soit l'article visant la polygamie, qui fait référence aux mormons, ainsi qu'une disposition relative à la prostitution de la « femme sauvage ». Ces exemples ont été choisis, d'une part, parce qu'ils concernent les deux minorités spécifiquement mentionnées dans le Code et, d'autre part, parce qu'ils visent tous les deux les relations maritales et sexuelles, une sphère fertile pour analyser le choc des normes culturelles et morales.

L'étude de ces deux dispositions montrera que le droit criminel était conçu comme un outil d'assimilation des minorités. Dans l'esprit du législateur de l'époque, le fait que les mœurs de ces minorités étaient jugées immorales justifiait l'intervention du droit criminel.

---

11. *Id.*, à la page 265.

12. Carolyn STRANGE et Tina LOO, *Making Good : Law and Moral Regulation in Canada 1867-1939*, Toronto, University of Toronto Press, 1997, p. 20.

13. *Id.*, p. 17; Sarah CARTER, *The Importance of Being Monogamous: Marriage and Nation Building in Western Canada to 1915*, Edmonton, University of Alberta Press, 2004.

## **1. La polygamie ou le mariage spirituel des mormons**

Les mormons ne sont mentionnés que dans une seule disposition : celle relative à la polygamie. Après avoir tracé un bref tableau de la pratique de la polygamie chez les mormons, nous étudierons l'historique de sa criminalisation au Canada ainsi que les répercussions de cet historique sur la constitutionnalité de la criminalisation de la polygamie.

### **1.1 La polygamie chez les mormons**

L'Église mormone, ou Église de Jésus-Christ des Saints des derniers jours, fut fondée aux États-Unis, en 1830, par Joseph Smith. Le Livre des mormons, dont le contenu lui fut révélé, constitue le livre sacré contenant les principes du mormonisme. L'Apocalypse, qui est imminente et associée au retour sur terre de Jésus-Christ, occupe une place centrale dans la foi mormone. L'imminence de cette apocalypse amène une préoccupation constante pour le salut éternel.

La pratique de la polygamie ne faisait pas partie des principes fondateurs de l'Église mormone. Ce principe fut dévoilé plus tard et ne devint une doctrine officielle qu'en 1852, date à laquelle elle est devenue une obligation religieuse, donc une condition pour atteindre le salut éternel<sup>14</sup>. Pour atteindre la « plénitude de l'exaltation », ce qui leur permettra de devenir des dieux régnant sur leur royaume en compagnie de leurs épouses et de leurs enfants, les hommes vertueux doivent avoir au moins trois épouses. Quant aux femmes, pour accéder à ce royaume céleste, elles doivent être mariées à un tel homme vertueux et remplir leur devoir de procréation<sup>15</sup>.

La pratique de la polygamie par les mormons suscitait de l'hostilité à leur égard. Ainsi, par une série de mesures législatives,

---

14. Irwin ALTMAN et Joseph GINAT, *Polygamous Families in Contemporary Society*, New York, Cambridge University Press, 1996, p. 28.

15. *Id.*, p. 26.

le Congrès américain a successivement interdit la polygamie<sup>16</sup>, enlevé des pouvoirs à l'Église mormone, interdit aux mormons de se présenter aux élections, d'agir comme juré et d'occuper d'autres fonctions importantes<sup>17</sup> et permis la saisie des biens de l'Église mormone.

À la suite de ces mesures, plusieurs mormons ont décidé d'émigrer au Canada ou au Mexique<sup>18</sup>. Dans ce contexte, l'Église mormone accepta de renoncer officiellement à la polygamie en 1890, ce qui fit en sorte de diminuer de façon importante cette pratique. Cependant, en 1929, un schisme apparut au sein de l'Église mormone et un mouvement fondamentaliste, attaché à la pratique de la polygamie, se créa. Aujourd'hui, ce ne sont donc que les mormons fondamentalistes qui pratiquent la polygamie, comme ceux de la communauté de Bountiful en Colombie-Britannique<sup>19</sup>.

## **1.2 La criminalisation de la polygamie au Canada**

En 1887, les premiers immigrants mormons venaient s'établir dans l'Ouest canadien afin de fuir la persécution dont ils étaient victimes aux États-Unis. L'année suivante, des représentants de la communauté mormone se sont rendus à Ottawa pour demander au gouvernement fédéral de John A.

- 
16. Voir le Morrill Act: *An Act to Punish and Prevent the Practice of Polygamy in the Territories of the United States and Other Places, and Disapproving and Annuling Certain Acts of the Legislative Assembly of the Territory of Utah*, 37<sup>th</sup> Congress, Session II, ch. 26 (1862).
  17. Voir le Edmunds Act : *An Act to Amend Section 5352 of the Revised Statutes of the United States in Reference to Bigamy and for Other Purposes*, c. 47, §§ 1-9, 22 Stat. 30 (1882).
  18. B. Carmon HARDY, « Mormon Polygamy in Mexico and Canada: A Legal and Historiographical Review », dans Brigham Young CARD, Herbert C. NORTHCOTT et John E. FOSTER (dir.), *The Mormon Presence in Canada*, chap. 10, Edmonton, University of Alberta Press, 1990.
  19. Marie-Andrée PELLAND, *Allégations d'entorses aux lois : Effets sur la réalité sociale d'un groupe de mormons polygames canadiens*, thèse de doctorat, Montréal, École de criminologie, Université de Montréal, 2007.

MacDonald la permission de pratiquer la polygamie au Canada<sup>20</sup>. Non seulement le gouvernement refusa-t-il cette demande, mais, en 1890, le Parlement fédéral adopta une loi qui visait cette minorité à deux égards. Premièrement, elle modifiait la définition de l'infraction de bigamie afin d'interdire le fait de se marier simultanément à plus d'une personne à la fois, car, selon le ministre John Thompson, « c'est là la pratique des Mormons »<sup>21</sup>. Deuxièmement, elle créait l'infraction de polygamie en faisant explicitement référence à la pratique mormone<sup>22</sup>. Deux ans plus tard, cette disposition sera incluse au *Code criminel* :

**278.** Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de cinq cents piastres, toute personne qui –

a) Pratique ou – d'après les rites, cérémonies, formes, règles, coutumes de sectes ou sociétés religieuses ou séculières, ou par forme de contrat, simple consentement mutuel, ou de quelque autre manière, et que ce soit d'une manière reconnue ou non par la loi pour mode valable de mariage- convient ou consent de pratiquer –

i) La polygamie sous quelque forme que ce soit;

ii) Quelque union conjugale avec plus d'une personne à la fois;

iii) Ce que, parmi les personnes communément appelées Mormons, on qualifie de mariage spirituel ou mariage plural;

iv) Vit, cohabite, convient ou consent de vivre ou cohabiter, dans quelque union conjugale, avec une personne déjà mariée à une autre, ou avec une personne qui vit ou cohabite avec une autre ou d'autres dans une union conjugale quelconque; ou

---

20. Howard PALMER, « Polygamy and Progress: The Reaction to Mormons in Canada, 1887-1923 », dans Brigham Young CARD, Herbert C. NORTHCOTT et John E. FOSTER (dir.), *The Mormon Presence in Canada*, chap. 6, Edmonton, University of Alberta Press, 1990, 108, à la page 27; S. CARTER, préc., note 13, p. 43.

21. Canada, *Débats de la Chambre des communes*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 129 (10 avril 1890), p. 3242 (Sir John Thompson).

22. *Acte modifiant de nouveau la loi criminelle*, (1890) 53 Vict., c. 37, art. 11.



- b) Célèbre les rites ou cérémonies susmentionnées tendant à rendre valables ou confirmer quelque'une des unions sexuelles mentionnées à l'alinéa coté a) du présent article, ou participe ou aide à ces rites ou cérémonies; ou
- c) Procure, assure, facilite l'accomplissement ou l'observation de quelque'une des formes, règles ou coutumes en question pour la fin ci-dessus; y participe ou y aide; ou
- d) Procure, assure, facilite quelque contrat ou consentement de la forme ou nature susmentionnée, pour la fin ci-dessus; y participe ou y aide. (nous soulignons, mais les italiques figurent dans le texte original)

Dans cette disposition, le *Code criminel* définit donc une infraction en fonction de la pratique religieuse d'une minorité : les mormons. Le texte de l'article 278 C.cr. exprime clairement le fait que cette minorité religieuse est spécifiquement visée par cette infraction. Les mormons pratiquaient des mariages spirituels ou pluraux, c'est-à-dire des mariages d'un homme à plusieurs femmes, selon une cérémonie religieuse dont la validité n'était pas reconnue par l'État. Comme l'homme n'était pas légalement marié à deux femmes, il ne pouvait pas être accusé de bigamie<sup>23</sup>. La définition de la polygamie était cependant plus large, visant toute forme d'union conjugale multiple, dont le mariage spirituel ou plural des mormons. Dans la définition des infractions prévues au *Code criminel*, ce n'est donc pas tant le nombre d'épouses qui distingue la polygamie de la bigamie, mais plutôt l'exigence d'un mariage multiple légalement reconnu.

Dans le *Code criminel* de 1892, la bigamie était punie plus sévèrement que la polygamie. Alors que la polygamie était passible de 5 ans d'emprisonnement, la bigamie était, quant à elle, passible de 7 ans d'emprisonnement<sup>24</sup>. Une explication potentielle à cette peine plus sévère pourrait être le fait que la bigamie était perçue comme menaçant davantage le caractère sacré du mariage.

---

23. C.cr., art. 275.

24. C.cr., art. 276.

À une époque où une conception dite traditionnelle du mariage dominait tout jugement moral, la pratique de la polygamie était vue comme immorale, comme l'étaient d'ailleurs ceux qui la pratiquaient. En conséquence, l'immigration de mormons polygames et, par extension, des mormons en général, était jugée par certains comme non souhaitable. Lors des débats à la Chambre des communes sur la criminalisation de la polygamie, la discussion a d'ailleurs porté principalement sur l'immigration mormone, dépeinte comme indésirable :

[J]e ne pense pas qu'il y ait un seul d'entre nous qui soit d'opinion que dans ces circonstances, une telle immigration soit utile, bienfaisante et désirable. Je ne veux pas dire que nous ne pouvons faire plus, par une législation étendue et bien étudiée, que de donner le moyen de prévenir et d'empêcher ces pratiques abominables auxquelles ces gens se livrent sous des prétextes religieux. [...] Je crois donc qu'il est de notre devoir, non seulement d'appuyer l'honorable ministre dans les efforts raisonnables qu'il fait pour décréter de crimes ces pratiques immorales, et pour rendre aussi efficaces que les circonstances l'exigeront, les dispositions de la loi contre ce crime, mais aussi qu'il faut, le plus tôt possible, que le parlement, qui représente le peuple, donne, non pas de l'encouragement, mais affirme sa désapprobation au sujet des abus et des pratiques des Mormons, ainsi qu'au sujet des idées qu'ils ont sur le gouvernement civil, sur l'allégeance qu'ils lui doivent, et sur la question du mariage, car je crains que c'est dans l'intention de se livrer à de telles pratiques qu'ils s'en viennent au milieu de nous<sup>25</sup>. (nous soulignons)

Il ressort donc des débats parlementaires, comme du texte de loi, que c'est en ayant principalement les mormons à l'esprit que cette législation a été adoptée. Malgré le criant besoin

---

25. Canada, *Débats de la Chambre des communes*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 129 (10 avril 1890), p. 3245 (M. Blake). Au sujet des débats parlementaires, voir aussi S. CARTER, préc., note 13, p. 44.

d'immigrants pour peupler l'Ouest canadien, les mormons n'étaient pas nécessairement les bienvenus :

The Mormon colonists were soon successful; however, their reputation in the United States as an immoral and aberrant sect followed them. They became the focus of the zeal of Canadian reformers who were seeking to build Canada and the West in their own image<sup>26</sup>.

Dans ce contexte, on peut se demander si les autorités considéraient que la pratique de la polygamie ternissait l'image de l'Ouest pour d'autres futurs immigrants, qu'on souhaitait attirer davantage.

Quoiqu'il en soit, les tribunaux canadiens reconnaîtront, à la fin du 19<sup>e</sup> siècle et au début du 20<sup>e</sup> siècle, que l'objectif de la criminalisation de la polygamie était la répression du mormonisme<sup>27</sup>. Par contre, la seule décision jurisprudentielle rapportée dans laquelle une personne a été condamnée pour polygamie concerne non pas un mormon, mais un membre de l'autre minorité que nous étudierons dans ce texte, soit un autochtone<sup>28</sup>.

---

26. B. C. HARDY, préc., note 18, à la page 75.

27. *R. v. Liston*, une cause non rapportée de 1893 citée à (1898) 34 C.L.J. 546n; *R. c. Labrie*, (1891) M.L.R., 7 B.R. 211; *Dionne c. Pépin*, (1934) 72 C.S. 393. Voir également COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La Bigamie*, document de travail no 42, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1985, p. 23.

28. *R. v. Bear's Shin Bone*, (1899) 4 Terr. L. R. 173; 3 C.C.C. 329 (N.W.T.S.C.). Au sujet de la polygamie pratiquée par les peuples autochtones, voir aussi l'affaire *R. v. Nan-E-Quis-A-Ka*, [1889] 1 Terr. L.R. 211 (N.W.T.S.C.), décision concernant la bigamie d'un autochtone rendue avant que la législation sur la polygamie ne soit adoptée et, bien sûr, CARTER, préc., note 13.

### **1.3 L'effet de cet historique sur la constitutionnalité de la criminalisation de la polygamie**

Bien que la référence aux mormons ait été supprimée en 1953-1954<sup>29</sup>, l'article visant la polygamie existe encore dans le *Code criminel* actuel, ce qui soulève des questions constitutionnelles importantes. Le respect de la liberté de conscience et de religion, le droit à la liberté protégé par l'article 7 de la Charte canadienne ainsi que les droits à l'égalité sont en cause<sup>30</sup>. La violation de la liberté de religion semble très claire, car les mormons fondamentalistes croient qu'il leur faut pratiquer la polygamie afin d'obtenir le salut éternel.

Dans cette logique, la constitutionnalité de la criminalisation reposera sur la justification de cette violation à la liberté de religion, justification qui s'évalue en fonction de l'objectif législatif. Cette question a d'ailleurs été récemment débattue devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Dans le Renvoi à ce sujet<sup>31</sup>, la Cour estime que la criminalisation de la polygamie, dans la mesure où on l'applique aux adultes, est constitutionnelle. La Cour juge qu'elle viole la liberté de conscience et de religion, mais que cette violation est néanmoins justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. La Cour estime que la polygamie a été criminalisée au Canada dans le but de protéger les femmes, les enfants et la société en général contre les torts associés à sa pratique, ainsi que pour protéger l'institution du mariage monogame<sup>32</sup>.

---

29. L.C. 1953-1954, c. 51. Selon Ruth SULLIVAN, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd., Markham, Lexis Nexis, 2008, p. 585, dans le contexte de la révision du *Code criminel* en 1953-54, même des modifications importantes dans le libellé d'un article visent à en simplifier le texte.

30. Ces questions sont analysées dans Marie-Pierre ROBERT et Stéphane BERNATCHEZ, « La criminalisation de la polygamie soumise à l'épreuve de la Charte », (2010) 40 R.G.D. 541.

31. *Reference re : Section 293 of the Criminal Code of Canada*, 2011 BCSC 1588.

32. Pour différentes critiques de ce renvoi, voir le dossier spécial sur la polygamie au Canada dans l'*Annuaire Droit et Religion*, Presses universitaires d'Aix/Marseille, 2013 (à paraître).

La Cour s'appuie sur une grande quantité de littérature, de témoignages et de rapports d'expert qui décrivent les conséquences néfastes de la polygamie sur les femmes<sup>33</sup> : peu d'instruction, mariages précoces, problèmes de santé mentale plus fréquents, etc. Les enfants élevés dans les familles polygames seraient également atteints : manque d'attention paternelle, pauvreté, difficultés scolaires, etc.

Lorsqu'un tribunal analyse la question de la justification d'une violation aux droits et libertés, il doit identifier l'objectif d'origine de la disposition<sup>34</sup>. La Cour suprême de la Colombie-Britannique estime donc que la protection des femmes et des enfants a motivé le législateur canadien en 1890. Bien que la preuve présentée lors du renvoi soit très volumineuse, peu d'analyses avaient un tel caractère historique. Nous aimerions croire que cet objectif tellement plus noble a motivé le législateur de l'époque, mais l'historique législatif nous montre malheureusement que ce n'était pas le cas, comme en fait foi la criminalisation de la femme qui y participe. Ainsi, attendions-nous avec impatience que ce renvoi soit porté en appel pour que la Cour suprême du Canada puisse éventuellement donner son avis sur la question. À la surprise de plusieurs commentateurs, le gouvernement de la Colombie-Britannique en a finalement décidé autrement. Comme aucun appel n'a été logé à la plus haute instance judiciaire du pays, nous ne connaissons pas son avis prochainement et la question de la constitutionnalité de la criminalisation de la polygamie n'est donc toujours pas réglée.

---

33. Voir, à titre d'exemple, Alberta Civil Liberties Research Centre, « Separate and Unequal: The Women and Children of Polygamy » in *Polygamy in Canada: Legal and Social Implications for Women and Children: A Collection of Policy, Research Reports*, Ottawa, Status of Women Canada, 2005; Beverley BAINES, « Equality's Nemesis », (2006) 5 *Journal of Law and Equality* 57-80; Nicholas BALA, « Why Canada's Prohibition of Polygamy Is Constitutionally Valid and Sound Social Policy », (2009) 25 *Canadian Journal of Family Law* 165.

34. *R. c. Big M. Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295.

## 2. La prostitution de la « femme sauvage »

Les Indiens<sup>35</sup> étaient une autre minorité culturelle explicitement ciblée par le *Code criminel* de 1892, certaines dispositions référant, selon le vocabulaire de l'époque, aux « Sauvages »<sup>36</sup>. C'est le cas, notamment, de l'interdiction de voler une chose déposée près du tombeau de « Sauvage »<sup>37</sup> et de provoquer des « sauvages » ou des Métis à la violence<sup>38</sup>. La

---

35. Nous utilisons ici le terme « Indiens » pour désigner les ancêtres des membres des Premières Nations, à l'exception des Inuits. Cette appellation a été préférée à celle d'« autochtones » pour des considérations tant historiques que constitutionnelles. En effet, l'alinéa 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), définit les « peuples autochtones du Canada » comme comprenant les Indiens, les Inuits et les Métis du Canada.

36. Ce terme sera utilisé dans ce texte dans une perspective historique, entre guillemets. Son utilisation ne doit pas être perçue comme dénotant une perception péjorative des Premières nations. Dans le *Code criminel* de 1892, le terme « sauvage » est parfois écrit avec une lettre majuscule, parfois avec une lettre minuscule, indépendamment du fait qu'il soit un adjectif ou un nom.

37. C.cr., art. 352 : Quiconque dérobe, ou illégalement endommage ou enlève quelque image, figure, ossement, article ou chose déposé dans ou près un tombeau de Sauvage, est coupable de contravention et passible, pour une première infraction, sur conviction par voie sommaire, d'une amende de cent piastres au plus ou de trois mois d'emprisonnement, et, pour toute récidive, de la même amende et de six mois d'emprisonnement aux travaux forcés. Sur les cimetières de bande, voir Claude GÉLINAS et Jean-François VACHON, « Politique indienne et liberté religieuse au Canada, 1870-1950 : l'exemple des cimetières de bande », dans ce numéro de la R.D.U.S.

S.R.C., c. 164, art. 98.

38. C.cr., art. 98 : Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans au plus, quiconque induit, engage ou provoque des sauvages, des sauvages non compris dans les traités, ou des métis agissant apparemment de concert, au nombre de trois ou plus,—

(a.) À faire quelque requête ou demande à un agent ou autre employé de l'État d'une manière tumultueuse, violente, turbulente ou menaçante, ou d'une manière propre à causer une violation de la paix; ou

(b.) À commettre un acte propre à causer une violation de la paix.

S.R.C., c. 43, art. 111.

disposition qui a particulièrement attiré notre attention est celle traitant de la prostitution des « femmes sauvages », qui se lit comme suit :

**190.** Est coupable d'un acte criminel et passible d'une amende de dix piastres à cent piastres, ou d'un emprisonnement de six mois, tout individu qui,—

(a.) Tenant une maison, tente ou wigwam, permet ou tolère qu'une femme sauvage non-émancipée y vienne ou y reste, sachant ou ayant cause probable de croire que cette femme y vient ou y reste avec l'intention de s'y prostituer; ou

(b.) Étant une femme sauvage non-émancipée, s'y prostitue elle-même; ou

(c.) Étant une femme sauvage non-émancipée, tient, fréquente ou est trouvée dans une maison, tente ou wigwam déréglé servant à un pareil but.

2. Toute personne qui, par ses actes ou sa manière d'agir, paraît être le maître ou la maîtresse, ou avoir le soin, la conduite ou la direction d'une maison, tente ou wigwam, que fréquente une femme sauvage non-émancipée ou dans laquelle ou lequel elle reste avec l'intention de s'y prostituer, est réputée tenir cette maison, bien qu'elle puisse ne pas la tenir réellement.

Cette disposition est tirée des statuts révisés du Canada de 1886, où l'on trouve l'*Acte des Sauvages*<sup>39</sup>. Elle a donc été retirée de cette loi pour être insérée au *Code criminel*. Elle crée un acte criminel visant spécifiquement la « femme sauvage non-émancipée ». Cette expression n'est pas définie au *Code criminel*, mais réfère au vocabulaire utilisé par l'*Acte des sauvages*, selon lequel un « sauvage » signifie :

*Premièrement.* – Tout individu du sexe masculin et de sang sauvage, réputé appartenir à une bande particulière;

---

39. S.R.C. 1886 c. 43, art. 106 et 107; 50-51 V., c. 33, art. 11. L'infraction apparaît pour la première fois dans l'*Acte des Sauvages*, S.C. 1880, 43 Vict., c. 28, art. 95 et 96, modifiée par S.C. 1882, 45 Vict., c. 30; puis par S.C. 1884, 47 Vict. c. 27, art. 14, qui a ajouté la référence à une « tente ou wigwam ».

*Secondement.* – Tout enfant de tel individu;

*Troisièmement.* – Toute femme qui est ou a été légalement mariée à un tel individu<sup>40</sup>.

Le statut de la femme était donc déterminé en fonction de son mari. En épousant un homme qui n'est pas indien, elle perdait son statut, alors que l'homme indien qui épousait une non-Indienne le conservait. Le fait, pour une femme indienne, de se marier à un non-Indien était une des façons de s'émanciper, ce qui signifiait qu'elle était supposée renoncer à son identité et son mode de vie indien et qu'elle perdait ce statut. Ce régime discriminatoire a duré plus d'un siècle<sup>41</sup>.

L'article 190 C.cr. sur la prostitution de la « femme sauvage » était loin d'être le seul article du *Code criminel* relatif à la prostitution. Au contraire, ce Code renfermait des dispositions criminalisant le fait de tenir<sup>42</sup>, d'avoir l'habitude de fréquenter<sup>43</sup> ou d'habiter<sup>44</sup> dans une maison de débauche, le fait d'induire une femme à la prostitution<sup>45</sup>, de vivre des fruits de la prostitution<sup>46</sup> ou d'être une prostituée qui erre<sup>47</sup>. Dans ce contexte, on peut se demander pourquoi le législateur fédéral a prévu une disposition spécifique visant la « femme sauvage ». Pourquoi viser cette minorité culturelle dans le *Code criminel*? Avant de répondre à ces

---

40. *Id.*, art. 2 h).

41. Après que la Cour suprême du Canada ait considéré que ce régime ne violait pas la *Déclaration canadienne des droits* dans *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, le Comité des droits de la personne des Nations Unies a estimé qu'il était incompatible avec les obligations du Canada prévues au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (*Sandra Lovelace c. Canada*, Communication No. R.6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) p. 166 (1981)). Suite à l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ce régime a été modifié par la *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.C., 1985, c. 27 (projet de loi C-31).

42. C.cr., art. 198.

43. C.cr., art. 207 k).

44. C.cr., art. 207 j).

45. C.cr., art. 185.

46. C.cr., art. 207 l).

47. C.cr., art. 207 k).



questions, nous analyserons d'abord les distinctions entre la disposition relative à la « femme sauvage » et le régime juridique général visant la prostitution, avant de se tourner vers une analyse plus sociohistorique de la conception de la femme autochtone à cette époque.

## **2.1 Les distinctions entre l'infraction visant la prostitution de la femme indienne et les dispositions générales applicables à la prostitution**

La disposition relative à la prostitution indienne est semblable à celle relative aux maisons de débauche, mais vise spécifiquement la « femme sauvage » et ne se limite pas aux maisons, mais inclut aussi les tentes et les wigwams. Les Indiens étant pour la plupart nomades ou semi-nomades à cette époque, ils vivaient dans différentes tentes – le tipi, par exemple – ou dans des wigwams, qui étaient des huttes plus ou moins permanentes en forme de dôme, bâties à l'aide de perches recourbées qu'on recouvrait notamment de broussailles, d'écorces de bouleau ou de peaux d'animaux en hiver.

L'article 190 relatif à la prostitution de la « femme sauvage » se trouve au *Code criminel* sous le titre IV : Crimes contre la religion, les mœurs et la commodité du public, dans la partie XIII : Des crimes contre les mœurs. Il ne se trouve donc pas dans la même partie que les dispositions relatives aux maisons de débauche, qui apparaissent plutôt à la partie XIV : Des nuisances. Alors que la prostitution de la « femme sauvage » affecte les bonnes mœurs, comme peut le faire l'inceste ou le crime contre nature<sup>48</sup>, la tenue d'une maison de débauche constitue plutôt une nuisance, à l'instar des paris et des loteries. Par contre, dans la partie XIII, la disposition relative à la prostitution de la « femme sauvage » côtoie d'autres dispositions relatives à la prostitution, comme le fait d'induire une femme à se prostituer<sup>49</sup>. Cette

---

48. C.cr., art. 174 : Est coupable d'un acte criminel passible de l'emprisonnement à perpétuité, celui qui commet la sodomie ou la bestialité.

49. Voir les articles 185 à 187 C.cr.

classification particulière, qui pourrait nous porter à croire que le législateur jugeait que la prostitution de la « femmes sauvage » était plus immorale que les autres formes de prostitution, reflète peut-être davantage le caractère hétéroclite de la classification du Code.

Les peines applicables en cas de prostitution de « femme sauvage » diffèrent de celles applicables pour avoir tenu une maison de débauche. Dans le premier cas, la peine maximale est de 6 mois d'emprisonnement, alors que dans le second, elle est d'un an. Par contre, l'article 190 C.cr. prévoit la possibilité d'une amende de dix piastres à cent piastres pour la prostitution de la « femme sauvage », alternative qui n'est pas prévue à l'article 198(1) C.cr. relatif aux maisons déréglées<sup>50</sup>. La disposition relative à la « femme sauvage » prévoit donc une peine maximale moins élevée, mais elle prévoit cependant une peine minimale de dix piastres.

Une autre distinction importante entre ces deux dispositions, qui explique peut-être la différence entre les peines maximales applicables, est l'exigence, dans le cas d'une maison de débauche, qu'elle soit tenue dans un but de prostitution<sup>51</sup>. Par définition, une maison de débauche est tenue à cette fin, ce qui n'est pas nécessairement le cas des tentes ou des wigwams. En effet, toute personne qui, tenant une maison, tente ou wigwam, permet qu'une « femme sauvage non-émancipée » y vienne avec l'intention de s'y prostituer est coupable de l'infraction, même si la femme en question ne s'y prostitue pas finalement et même si personne ne s'y est jamais prostitué et que l'endroit n'est pas tenu à cette fin. Plus encore, l'infraction est consommée si la personne tenant la maison, la tente ou le wigwam a cause probable de croire

---

50. C.cr., art. 198 (1) : Est passible d'un acte criminel et passible d'un an d'emprisonnement, tout individu qui tient une maison déréglée, c'est-à-dire une maison de débauche, une maison de jeu ou une maison de paris, telles que définies ci-dessus. Art. 195 C.cr. : Une maison de débauche publique est une maison, chambre, suite de chambres ou local d'un genre quelconque tenu dans un but de prostitution.

51. C.cr., art. 195.

que la « femme sauvage » y vient dans l'intention de s'y prostituer, même si ce n'est pas le cas. Il n'est donc pas nécessaire de prouver la prostitution, ni même l'intention de se prostituer, ce qui allège le fardeau de la preuve de la poursuite et rend les condamnations plus faciles dans le cas du tenancier de tente ou de wigwam.

Il est difficile de savoir comment les tribunaux ont interprété l'article 190 C.cr., car il n'existe aucune cause rapportée à ce sujet<sup>52</sup>. À Vancouver, les Indiennes arrêtées pour des infractions relatives à la prostitution étaient cependant expulsées et forcées de retourner sur leur réserve<sup>53</sup>. Les dispositions générales relatives à la prostitution ont, quant à elles, donné lieu à une certaine jurisprudence analysée en détail par Constance Backhouse<sup>54</sup>. Son étude démontre le caractère discriminatoire de la législation sur la prostitution au 19<sup>e</sup> siècle, tant en ce qui concerne le sexe que l'origine ethnique. Ces dispositions ont en effet été appliquées presque exclusivement à l'encontre des femmes, et visaient – dans leur libellé ou leur application – particulièrement les femmes issues des minorités : noires, irlandaises et indiennes<sup>55</sup>. Des dispositions discriminatoires étaient donc utilisées pour régler un problème social qui était lui-même le reflet d'une société discriminatoire<sup>56</sup>.

## 2.2 L'association de l'Indienne à la prostitution

Le *Code criminel* ne définissait pas la prostitution et il semble qu'une conception particulièrement large, voire élastique, ait été adoptée, du moins en ce qui concerne les Indiennes. Vers la

- 
52. Constance BACKHOUSE, « Nineteenth-Century Canadian Prostitution Law : Reflection of a Discriminatory Society », (1985) 18 *Histoire sociale* 387, 422; Renisa MAWANI, *The « Savage Indian » and the « Foreign Plague » : Mapping Racial Categories and Legal Geographies of Race in British Columbia, 1871-1925*, Thèse de doctorat, Centre de criminologie, Université de Toronto, 2001, p. 177.
53. R. MANAWI, *id.*, p.178.
54. Préc., note 52.
55. *Id.* Voir aussi C. STRANGE et T. LOO, préc., note 12, p. 54.
56. C. BACKHOUSE, préc., note 52, 388.

fin du 19<sup>e</sup> siècle, de nombreux préjugés étaient entretenus à l'égard des Indiens en général et des femmes indiennes en particulier. En fait, l'Indienne était d'emblée assimilée à une prostituée, comme l'explique la professeure Jean Barman :

Most important, the campaign to tame Aboriginal sexuality so profoundly sexualized Aboriginal women that they were rarely permitted any other form of identity. Not just Aboriginal women but Aboriginal women's agency was sexualized. [...] By default, Aboriginal women were prostitutes or, at best, potential concubines<sup>57</sup>.

Considérées comme des prostituées, les Indiennes étaient vues comme des menaces à la moralité et à la santé<sup>58</sup>. La prostitution indienne et la propagation des maladies vénériennes qu'elle implique existaient au Canada au 19<sup>e</sup> siècle, mais l'ampleur de ce phénomène ne doit cependant pas être exagérée<sup>59</sup>.

Le problème de la prostitution indienne est apparu à la fin du 19<sup>e</sup> siècle<sup>60</sup>. Auparavant, pendant la traite des fourrures, les mariages entre les coureurs des bois et les Indiennes étaient assez répandus. Ces alliances créaient un réseau de contacts fort utile,

- 
- 57. Jean BARMAN, « Taming Aboriginal Sexuality : Gender, Power, and Race in British Columbia, 1850-1900 », dans Mary-Ellen KELM et Lorna TOWNSEND (dir.), *In the Days of our Grandmothers : A Reader in Aboriginal Women's History in Canada*, chap. 11, Toronto, University of Toronto Press, 2006, 270, à la page 289.
  - 58. Sarah CARTER, « « Complicated and Clouded » : The Federal Administration of Marriage and Divorce among the First Nations of Western Canada, 1887-1906 » dans Sarah CARTER (dir.) *Unsettled Pasts : Reconceiving the West through Women's History*, chap. 9, Calgary, University of Calgary Press, 2005, 151, à la page 158. Voir aussi R. MANAWI, préc., note 52, section *Governing the « Native Woman as Prostitute » and the Making of White Spaces*, p. 175 et suiv.
  - 59. Sylvia VAN KIRK, « *Many Tender Ties* » : *Women in Fur-Trade Society in Western Canada, 1670-1870*, Winnipeg, Watson & Dwyer Publishing, 1980. Dans le même sens, R. MANAWI rejette l'idée qu'il y avait un si grand nombre de prostituées autochtones, préc., note 52, p. 156.
  - 60. R. MANAWI, préc., note 52, p. 154.

voire essentiel pour le commerce de la fourrure<sup>61</sup>. Elles étaient donc, à l'époque, vues d'un bon œil. Ces mariages se faisaient souvent « à la façon du pays »<sup>62</sup>, c'est-à-dire en respectant les coutumes indiennes. La validité de ces mariages, qui étaient stables et ont engendré des métis, a été reconnue par les tribunaux<sup>63</sup>.

Dans les années 1880, le vent tourne. Avec l'inauguration du chemin de fer dans l'Ouest et l'arrivée de plus en plus de femmes d'origine européenne, les relations avec les femmes indiennes étaient de moins en moins bien vues<sup>64</sup>. Les cultures indiennes sont mal comprises et analysées à travers le prisme de la morale victorienne, à laquelle elles ne correspondent pas. Le fait que plusieurs familles puissent vivre dans une seule maison, par exemple, était vu comme immoral<sup>65</sup>.

Des conceptions différentes de la sexualité<sup>66</sup> et du mariage<sup>67</sup> contribuent à renforcer les préjugés contre les Indiens. À cette époque, le mariage était une institution religieuse qui était vue comme le fondement moral de la société. Basée sur le christianisme, le patriarcat, la monogamie et l'hétérosexualité, cette conception était stricte<sup>68</sup>. La conception du mariage qu'avaient les Indiens, non chrétienne et plus souple, était donc

---

61. S.VAN KIRK, préc., note 59; Susan SLEEPER-SMITH, « Women, Kin, and Catholicism: New Perspectives on the Fur Trade », dans Mary-Ellen KELM et Lorna TOWNSEND (dir.), préc., note 57, chap. 2, p. 26.

62. *Id.*

63. *Connolly v. Woolrich and Johnson and al.*, (1867) 17 R.J.R.Q. 75 (Cour supérieure de Montréal), conf. en appel sub. nom. *Johnstone v. Connolly*, (1869) 17 R.J.R.Q. 266 (Cour du Banc de la Reine). Pour une analyse de cette affaire, voir Constance BACKHOUSE, *Petticoats and Prejudices : Women and Law in the Nineteenth-Century Canada*, Women's Press, 1991, p. 16-21.

64. S. CARTER, préc., note 58.

65. J. BARMAN, préc., note 57, à la page 284.

66. *Id.*, à la page 274.

67. Constance BACKHOUSE, « "Pure Patriarchy" : Nineteenth-Century Canadian Marriage », (1986) 31 *R.D. McGill* 264; S. CARTER, préc., note 58, à la page 151.

68. *Id.*; S. CARTER, préc., note 13.

vue comme immorale. Il y avait plusieurs formes d'unions conjugales chez les Indiens, certains peuples pratiquant la polygamie et acceptant le mariage entre conjoints de même sexe<sup>69</sup>. Ces unions pouvaient également se dissoudre plus facilement, ce qui, dans la morale victorienne, faisait planer le redoutable spectre du divorce. En fait, non seulement les coutumes indiennes étaient considérées immorales, mais les mariages indiens en sont venus à ne plus être considérés comme des mariages reconnus juridiquement<sup>70</sup>.

À cette époque où la différence était rapidement associée à l'immoralité, les cultures indiennes ont été stigmatisées, tant socialement que juridiquement. Par exemple, le potlatch, cette cérémonie spirituelle où des dons étaient échangés et où des danses étaient effectuées, fut interdit<sup>71</sup>. Le potlatch était vu comme une atteinte au christianisme et à la moralité<sup>72</sup>. On l'associait même à la prostitution en véhiculant l'idée que de jeunes filles indiennes étaient vendues pour amasser les fonds suffisants pour les dons du potlatch, ce qui était loin d'être prouvé<sup>73</sup>.

Toute relation sexuelle faite en dehors des liens du mariage étant vue comme immorale, elle était facilement assimilée à de la prostitution, qui avait un sens très large à l'époque et n'impliquait pas nécessairement l'échange de services sexuels contre une

---

69. S. CARTER, *supra* note 58, à la page. 153; S. CARTER, préc., note 13.

70. *Jones v. Fraser*, (1886) 13 R.C.S. 342 (J. Tachereau); S. CARTER, préc., note 58.

71. *Acte pour amender l'Acte relatif aux Sauvages*, L.C. 1880, c. 27, art. 3. La participation au potlatch était un délit passible de 2 à 6 mois d'emprisonnement. Sur l'interdiction de tels rituels religieux, voir Claude GÉLINAS, « L'État canadien et la répression des pratiques religieuses autochtones, 1884-1932 », dans Lorraine DEROCHER, Claude GÉLINAS, Sébastien LEBEL-GRENIER et Pierre C. NOËL (dir.), *L'État canadien et la diversité culturelle et religieuse, 1800-1914*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, p. 93.

72. Constance BACKHOUSE, *De la couleur des lois : une histoire juridique du racisme au Canada entre 1900 et 1950*, chap. 3, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2010.

73. J. BARMAN, préc., note 58, aux pages 285-288.

rémunération. Une femme indienne ayant des relations sexuelles avec un homme blanc était *a priori* considérée comme une prostituée<sup>74</sup>. Même le superintendant aux affaires indiennes considérait qu'une Indienne qui accueille un homme qui n'est pas son époux dans son lit, même sans rémunération, doit certainement être considérée comme une prostituée<sup>75</sup>. Cette conception était partagée par les personnes occupant les plus hautes sphères du pouvoir.

En 1887, un rapport du Comité du Conseil privé, rédigé par John Thompson, alors qu'il était ministre de la Justice dans le cabinet de John A. MacDonald, dépeint les Indiennes comme des prostituées, qui sont vendues et habituées à avoir de nombreux partenaires<sup>76</sup>. La solution à ce problème est de « civiliser » les Indiens :

[...] the true remedy of this lax state of things must come from the gradual civilization of the Indians, and more especially by the inculcation into their minds of the views which prevail in civilized communities as regards to women's true position in the family; and of the Christian doctrine respecting the sanctity and indissolubility of the marriage tie. When they come to grasp this higher morality, it will no doubt be easy to bring about the desired change in their social relations<sup>77</sup>.

Le droit criminel sera un outil de choix afin d'imposer cette réforme morale<sup>78</sup>.

---

74. C. BACKHOUSE, préc., note 52, 422.

75. Superintendent of Indian Affairs to Beattie, 17 septembre 1891, Archives nationales du Canada, RG 10, reel c-11245, vol. 2591, file 119,529, cité par R. MAWANI, préc., note 52, p. 173.

76. Rapport du Comité du Conseil privé, 31 octobre 1887, Archives Nationales du Canada, RG 10, vol. 3762, file 3245-I, cité par S. CARTER, préc., note 58, aux pages 159-160.

77. *Id.*, p. 160.

78. C. STRANGE et T. LOO, préc., note 12, p. 19.

### **2.3 Pourquoi prévoir une disposition spécifique à ce sujet?**

Ce contexte historique étant tracé, nous tenterons dans cette section de comprendre pourquoi une disposition spécifique relative à la prostitution par la femme indienne a été incluse au *Code criminel* de 1892. Pourquoi les dispositions générales sur la prostitution n'ont-elles pas été adaptées à la réalité autochtone en y ajoutant la référence aux tentes et aux wigwams, par exemple? En prévoyant une disposition distincte située dans une section différente du *Code criminel*, on voulait donc s'attaquer à un problème distinct. À cet égard, deux hypothèses peuvent être formulées.

Selon la première hypothèse, le fait que les Indiennes soient visées par une disposition spécifique visant les tentes et les wigwams traduisait la séparation géographique que l'on souhaitait instituer entre les Indiens et le reste de la population. En vertu de l'*Acte des sauvages* de l'époque, les Indiens se voyaient confinés sur le territoire des réserves et assujettis à un régime juridique distinct. Leurs droits et obligations n'étaient pas les mêmes : ils n'étaient même pas considérés comme des personnes<sup>79</sup>!

Dans sa thèse de doctorat, Mawani démontre que les autorités de l'époque ne souhaitaient pas réellement éliminer la prostitution, mais préféraient plutôt la confiner à certains espaces géographiques, comme les réserves indiennes ou les quartiers chinois, ce qui permettait de préserver la moralité des « espaces blancs »<sup>80</sup>. Le fait que les prostituées indiennes étaient en pratique expulsées des villes et que la peine maximale pour la prostitution indienne était moins élevée que celle prévue par le droit commun appuierait cette hypothèse.

Selon la deuxième hypothèse, la disposition portant sur la prostitution indienne visait, en fait, à prévenir le métissage<sup>81</sup>. Elle

---

79. *Acte des sauvages*, S.R.C. 1886, c. 43, art. 2c) : Les expressions « personne » et « individu » signifient un individu autre qu'un sauvage.

80. R. MANAWI, préc., note 52.

81. Cette hypothèse est avancée par C. BACKHOUSE, préc., note 53.



a d'ailleurs été adoptée à une époque où il y avait peu de méthodes fiables de contraception et où les métis créaient des troubles politiques par leur rébellion. Le métissage était mal vu à l'époque, tant pour des raisons économiques que pour des raisons morales. Le métissage avait des effets patrimoniaux, notamment en matière d'héritage<sup>82</sup> et de responsabilités financières de l'État vis-à-vis des enfants métis. Mais c'est surtout le racisme de l'époque qui faisait en sorte que le métissage n'était pas considéré comme souhaitable.

La réforme morale entamée au Canada visait non seulement l'immoralité sexuelle, mais également la « pureté de la race »<sup>83</sup>. Des idées pseudo-scientifiques étaient véhiculées à l'effet qu'il y avait une hiérarchie parmi les humains dans laquelle les Blancs étaient en haut et les Indiens en bas. Les métis se situaient encore plus bas dans la hiérarchie, car on croyait qu'ils héritaient des « vices des deux races »<sup>84</sup>. Selon ces théories absurdes, le métissage n'était donc pas souhaitable et constituait un problème social différent de la prostitution en général, qui demandait donc une attention particulière de la part du législateur.

Dans cette logique, en 1921, un projet de loi a été présenté au parlement fédéral pour amender le *Code criminel* et interdire les « relations illicites » entre les hommes blancs et les Indiennes. Ce projet n'a finalement pas été adopté, car on craignait que les Indiennes ne s'en servent pour faire chanter les Blancs<sup>85</sup>. Il traduit non seulement le mépris envers la femme indienne, mais également le désir de limiter les relations mixtes ainsi que la possibilité que des enfants puissent naître de ces unions.

- 
82. Sarah CARTER, « Categories and Terrains of Exclusion: Constructing the "Indian Woman" in the Early Settlement Era in Western Canada », dans M.-E. KELM et L. TOWNSEND (dir.), préc., note 57, chap. 6, 146, à la page 162.
83. Id.; Mariana VALVERDE, *The Age of Light, Soap, and Water : Moral Reform in English Canada, 1885-1925*, Toronto, McClelland and Stewart, 1991.
84. J. BARMAN, préc., note 57, à la page 280.
85. Canada, *Débats de la Chambre des communes*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1921, vol. 4, 26 mai 1921, p. 3908.

## Conclusion

L'idée qu'une législation criminelle puisse cibler expressément une minorité religieuse ou culturelle peut nous sembler aujourd'hui incongrue, car la constitutionnalité d'une telle mesure serait d'emblée remise en question. Pourtant, au 19<sup>e</sup> siècle, alors que la Charte canadienne n'avait pas encore été adoptée, de telles dispositions existaient. Nous avons étudié deux articles d'une telle nature qui figuraient dans le *Code criminel* de 1892 : celui relatif à la polygamie mormone et celui relatif à la prostitution de la « femme sauvage ». Dans les deux cas, les membres des minorités ont été associés au crime qui les visait : alors que les mormons étaient d'emblée considérés comme des polygames, les « femmes sauvages » étaient vues comme des prostituées, ce qui ne correspondait pas à la réalité.

Ce texte fait ressortir le fait que dans les deux cas, les mœurs différentes des minorités en matière familiale et sexuelle étaient jugées immorales, ce qui justifiait l'intervention du droit criminel, qui est par le fait même devenu un outil d'assimilation des minorités culturelles et religieuses. Le droit en général, et le droit criminel en particulier, a donc été un instrument fondamental dans la tentative de l'État d'assimiler les mormons et les Indiens<sup>86</sup>. En ce qui concerne ces derniers, le département des affaires indiennes affichait d'ailleurs ouvertement son désir de « civiliser les sauvages »<sup>87</sup>. Dans cette logique, le *Code criminel* a été utilisé en particulier pour refaçonner la moralité sexuelle ainsi que la vie maritale des minorités à l'image de celles de la majorité<sup>88</sup>.

L'influence de la moralité sur le droit criminel, en particulier en ce qui concerne la religion et les mœurs, se dégage

---

86. Joan SANGSTER, « Native Women, Sexuality, and the Law », dans M.-E. KELM et L. TOWNSEND (dir.), préc., note 57, chap. 12, 301, à la page 322; S. CARTER, préc., note 13.

87. C. STRANGE et T. LOO, préc., note 12, p. 25.

88. J. SANGSTER, préc., note 86, à la page 322.

également des modifications législatives qui seront apportées au *Code criminel* dans ses premières années:

En résumé, l'activité inlassable des groupes de pression au chapitre des « Crimes contre la religion, les mœurs, les nuisances et inconduites, et le vagabondage », a contribué à draper du manteau de la moralité de larges pans du Code criminel. Sans cesse affairés à faire inscrire au Code de nouveaux crimes et à y faire graver des peines plus exemplaires, les réformateurs moraux ont entraîné le Parlement canadien dans une étourdissante spirale législative<sup>89</sup>.

Il faut dire que le droit criminel est l'outil ultime de répression que possède l'État et qu'il se prête donc peut-être moins bien aux aménagements que d'autres domaines. Le droit criminel reflète les valeurs d'une société et vise la prévention de comportements antisociaux – ou du moins, perçus comme tels, à une certaine époque. Compte tenu de cet objectif, il s'agit d'un terrain moins fertile pour y déceler les racines du multiculturalisme canadien ou quelque ancêtre des accommodements raisonnables.

Ces constats peuvent nous amener à nous questionner sur les liens qu'entretiennent encore aujourd'hui le droit criminel et la morale. Bien que ces liens aient tendance à s'estomper<sup>90</sup>, ils existent néanmoins encore, la Cour suprême du Canada ayant écrit récemment : « En résumé, la défense de la morale constitue un objectif légitime du droit criminel »<sup>91</sup>. Les exemples du passé

---

89. A. CELLARD et G. PELLETIER, préc., note 8, 386. Voir aussi Gérald PELLETIER, « Le Code criminel canadien, 1892-1939 : Le contrôle des armes à feu », (2002) 6 *Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies* 51, chap. 2, qui analyse comment certaines modifications législatives relatives aux armes à feu stigmatisaient les étrangers, perçus comme des personnes dangereuses.

90. *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728; Tristan DESJARDINS, *Les infractions d'ordre moral en droit criminel canadien : de la norme de la tolérance de la société à la nouvelle théorie du préjudice*, Markham, Lexis Nexis, 2007.

91. Renvoi relatif à la *Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457, par. 51.

peuvent nous inviter à être prudents dans la mise en œuvre de cet objectif et à demeurer conscients des liens entre la moralité, la religion et l'exclusion.

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LA QUESTION DE L'ÉDUCATION POUR LES MENNONITES  
DU MANITOBA AU TOURNANT DU XXE SIÈCLE

**Auteur(s) :** Raphaël Mathieu LEGAULT LABERGE

**Revue :** RDUS, 2013, numéro Hors série

**Pages :** 159-181

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10249>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10249>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## ARTICLE

---

# LA QUESTION DE L'ÉDUCATION POUR LES MENNONITES DU MANITOBA AU TOURNANT DU XX<sup>E</sup> SIÈCLE

par Raphaël Mathieu LEGAULT LABERGE\*

*Le multiculturalisme canadien est certes apparu à une période critique de l'affirmation identitaire des minorités, mais il s'inscrit avant tout dans un devenir historique marqué par l'augmentation progressive de la diversité du pays. C'est d'abord l'éclatement du tronc institutionnel commun qui favorise l'augmentation de la diversité religieuse. C'est aussi l'immigration qui façonne cette diversité, en lui donnant un caractère résolument multiculturel, augmentant par le fait même les espaces culturels distincts. Mais ce sont surtout les interventions de l'État à l'égard de cette diversité qui enracinent le multiculturalisme dans le terreau politique canadien. Ainsi, le multiculturalisme était-il présent au Canada au début du XX<sup>e</sup> siècle ou est-il apparu soudainement dans l'espace sociopolitique canadien au tournant des années 1970? Dans un premier temps, nous nous pencherons sur la question scolaire au Manitoba, question qui a soulevé de grands débats dès 1890. Dans un second temps, nous nous intéresserons à l'éducation chez les Mennonites et à l'interaction entre l'État et les communautés de cette minorité religieuse. Cela nous permettra de constater, dans un troisième temps, comment le multiculturalisme, en tant que modèle de gestion de la diversité culturelle et religieuse, se déclinait après la Confédération et au début du XX<sup>e</sup> siècle.*

---

*Undoubtedly, due to the country's growing diversity, multiculturalism came to the forefront of the Canadian political scene when minorities began to demand recognition. This diversity first resulted from dissatisfaction with traditional religions. Increased immigration also contributed to growing diversity. However, and most importantly, the country's reaction towards this phenomenon had the effect of firmly instilling multiculturalism as a reality in Canadian politics. Did multiculturalism exist in Canada at the beginning of the twentieth century or did it develop in the early 1970s? In order to clarify this question one can go back in time and look first at the Manitoba School question, which was a source of much dispute in the 1890s. The writer then examines the controversy surrounding the education of Mennonite children and the state's interactions with this community. This allows one to observe how multiculturalism, as a standard for managing cultural and religious diversity, has declined following Confederation and at the beginning of the twentieth century*

---

\* . Doctorant en études du religieux contemporain et chargé de cours à la Faculté de théologie et d'études religieuses de l'Université de Sherbrooke. Remerciements : Je tiens à remercier Claude Gélinas, l'équipe du SoDRUS ainsi que les membres de la Faculté de théologie et d'études religieuses et de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke pour leur appui à cette recherche.

## **SOMMAIRE**

<b>Introduction .....</b>	<b>161</b>
<b>La question scolaire au Manitoba .....</b>	<b>164</b>
<b>La question de l'éducation pour les Mennonites .....</b>	<b>169</b>
<b>Discussion.....</b>	<b>175</b>
<b>Conclusion .....</b>	<b>179</b>



## Introduction

Considérant étroitement le point de vue pragmatique de l'État, nous pouvons constater qu'au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, la variable économique jouait un rôle important dans le développement et la colonisation des vastes territoires canadiens<sup>1</sup>. La tendance pragmatique de l'État canadien s'affirmait aussi à cette époque par ses politiques concernant l'aménagement de la diversité culturelle et religieuse. Pouvons-nous voir un embryon du multiculturalisme s'affirmant au moment de la colonisation? En d'autres termes, le multiculturalisme était-il présent au Canada au début du XX<sup>e</sup> siècle, ou est-il apparu soudainement dans l'espace sociopolitique canadien au tournant des années 1970? La question de l'éducation dans les groupements mennonites nous permettra d'approfondir cette problématique. Nous posons l'hypothèse que le multiculturalisme s'inscrit dans des cadres politiques plus larges, des cadres pragmatiques, qui guident son application aux réalités sociales qui marquent le paysage de la diversité canadienne et qu'il était présent, d'une certaine façon, dès le XVIII<sup>e</sup> siècle.

Ainsi, plusieurs groupes anabaptistes se sont établis au Canada entre 1875 et 1918, alors que le pays connaissait une véritable explosion de son immigration<sup>2</sup>. Nous pouvons y voir un

- 
1. Voir Lorraine DEROCHER, Claude GÉLINAS, Sébastien LEBEL-GRENIER et Pierre C. NOËL (dir.), *L'État canadien et la diversité culturelle et religieuse, 1800-1914*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009.
  2. À propos de l'histoire de l'immigration au Canada, voir les documents suivants : GOUVERNEMENT DU CANADA, Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Canada, chap. 1, livre IV, 1969; K. G. O'BRYAN, Jeffrey G. REITZ et O. M. KUPLOWKA, *Les langues non officielles : étude sur le multiculturalisme au Canada*, Ottawa, Publications du gouvernement du Canada, 1976. Jean Burnet, dans *Le multiculturalisme au Canada*, nous apprend qu'entre 1900 et 1914, 3 millions de personnes se sont établies au Canada. En 1871, la population autre que britannique et française comptait pour 8% de la population totale. En 1901, cette proportion était de 10%, et en 1971, de 25%, avec des concentrations plus ou moins élevées selon les lieux

moment charnière de la construction du multiculturalisme tel que nous le concevons aujourd'hui, moment où la graine du multiculturalisme a été semée et a pu germer avec l'apport des divers immigrants s'établissant sur le territoire canadien. En ce sens, après la Confédération, le Canada s'est clairement vu défini comme un pays d'immigration. Jusqu'à la Première Guerre mondiale, des nouveaux venus sont arrivés massivement d'Europe pour s'installer sur les vastes territoires non occupés de l'Ouest canadien. La diversité du Canada est peu à peu devenue un marqueur identitaire pour les citoyens du pays. Le sénateur Paul Yuzyk rapporte les paroles du Dr Charles Hobart : « En quête d'une identité? Vous êtes presque, par excellence, LA société multiculturelle universelle; voilà votre identité. C'est le rôle que l'on attend de vous, Canadiens dans le monde. Le système du multiculturalisme fonctionne *depuis cent ans* [nous soulignons] à peu près, et il faut que vous en soyez les missionnaires »<sup>3</sup>. Divers indices pointent en cette direction, dont l'inscription graduelle du multiculturalisme dans les livres légaux du pays. De plus, la diversité n'a été que grandissante au fil des ans, que ce soit par une immigration toujours renouvelée ou par un éclatement toujours plus prononcé des structures religieuses et culturelles traditionnelles.

- 
- étudiés. Voir Jean BURNET, *Le multiculturalisme au Canada*, Ottawa, Secrétariat d'État du Canada, 1988.
3. Paul YUZYK, *Canadiens Ukrainiens*, Altona, Friesen & Sons Ltd, 1967, p. 71. Par exemple, l'identité canadienne est directement associée au multiculturalisme dans l'ouvrage *Le multiculturalisme... être canadien*. Le titre même de cet ouvrage pose l'identité du Canada comme étant multiculturelle. Selon les mots de David Crombie, « [c]ette politique vise à renforcer l'unité entre les Canadiens, à développer notre identité, à améliorer nos perspectives économiques et à reconnaître officiellement certaines réalités historiques et contemporaines », dans *Le multiculturalisme ... être canadien*, Ottawa, Publications du gouvernement du Canada, 1987, p. 1. Un peu plus loin, nous pouvons lire : « [...] le multiculturalisme est indissociable de l'identité canadienne », 5. Cette politique est aussi adoptée afin de rehausser le prestige international du Canada en matière d'ouverture aux minorités culturelles et religieuses.

La théorie de la continuité du multiculturalisme inscrit le phénomène en liaison directe avec cette histoire de la diversité qui marque le paysage ethnoculturel canadien. Le multiculturalisme serait ainsi devenu un marqueur identitaire pour les canadiens au fil des années, et au fil des accommodements. Nous retrouvons ici l'aspect de continuité de la régularité tendancielle telle que Gurvitch l'explique<sup>4</sup> : le multiculturalisme a été déterminé par des racines profondes qui s'enfoncent historiquement jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle. La théorie de la continuité du multiculturalisme pose celui-ci comme un devenir historique, le multiculturalisme proposant une identité politique et sociale pour le Canada. Continuité de la diversité, certes, mais aussi continuité des relations entre l'État et cette diversité<sup>5</sup>. Paul Yuzyk rapporte aussi les paroles du professeur W. L. Morton : « [...] le grand historien canadien, le professeur W. L. Morton, dans son livret "*The Canadian Identity*" [...] prouve [...] que le Canada est une nation multiculturelle : "Le Canada est le produit de traités et de statut, les outils juridiques arides du diplomate et du législateur" »<sup>6</sup>.

L'exemple de l'éducation chez les Mennonites du Manitoba nous permettra de mieux cerner l'inscription progressive du multiculturalisme dans les cadres politiques canadiens. Dans un premier temps, nous nous pencherons sur la question scolaire au

- 
4. Voir Georges GURVITCH, *Déterminismes sociaux et liberté humaine : Vers l'étude sociologique des cheminements de la liberté*, Bibliothèque de sociologie contemporaine, Paris, Presses universitaires de France, 1955.
  5. Au fur et à mesure que des communautés de partout dans le monde s'établissaient sur le territoire canadien, le multiculturalisme s'est construit, de fait mais aussi légalement, alors que l'État gérât déjà au XIX<sup>e</sup> siècle la pluralité culturelle et religieuse présente sur le territoire, selon les situations problématiques émergentes. L'apport d'une immigration des plus diversifiées s'est fait sentir au Canada, particulièrement après la Seconde Guerre mondiale, alors que les pays desquels provenaient l'immigration ont changé pour notamment inclure des pays d'Asie. Par exemple, ce n'est qu'après 1960 que des religions autres que judéo-chrétiennes ont commencé à être bien représentées au Canada. C'est à ce moment que le besoin d'inscrire législativement le multiculturalisme dans les livres du pays s'est fait sentir.
  6. Paul YUZYK, *Canadiens Ukrainiens*, Altona, Friesen & Sons Ltd, 1967, p. 71.

Manitoba, question qui a soulevé de grands débats dès 1890. Dans un second temps, nous nous intéresserons à l'éducation chez les Mennonites et à l'interaction entre l'État et les communautés de cette minorité religieuse, et ce, avant 1930. Cela nous permettra de constater, dans un troisième temps, comment le multiculturalisme, en tant que modèle de gestion de la diversité culturelle et religieuse, se déclinait après la Confédération et au début du XX<sup>e</sup> siècle.

### **La question scolaire au Manitoba**

Comme l'indique Gilbert Comeault dans son article « La question des écoles du Manitoba – Un nouvel éclairage »<sup>7</sup>, la question scolaire du Manitoba a été largement étudiée par les historiens<sup>8</sup>. Avant 1870, les écoles étaient d'affaires privées sur les terres qui allaient devenir le Manitoba<sup>9</sup> : « [...] *schools which*

- 
7. Gilbert-L. COMEAULT, « La question des écoles du Manitoba — Un nouvel éclairage », (1979) 33-1 *RHAF* 3, 3-23. À propos de la question scolaire au Manitoba, voir les documents suivants : CANADA PARLIAMENT, House of commons, *Papers in reference to the Manitoba School Case Presented to Parliament during the session of 1895*, Ottawa, S.E. Dawson, 1895; *Is Manitoba Right? A Question of Ethics, Politics, Facts and Law*, Winnipeg, 1895, en ligne : <<http://archive.org/details/ismanitobarightq00winn>> (consulté le 29 juillet 2013); Louis P. KRIBS, *The Manitoba School Question. Considered Historically, Legally and Controversially*, Toronto, The Murray Printing Company, 1895; Edward MEEK, *The Legal and Constitutional Aspects of the Manitoba School Question and the Remedial Order*, 1895.
  8. Gilbert-L. Comeault indique : « De 1890 à 1916, la question des Écoles du Manitoba suscita plus d'un débat, puis elle fit l'objet de maintes études » dans Gilbert-L. COMEAULT, « La question des écoles du Manitoba — Un nouvel éclairage », (1979) 33-1 *RHAF* 3, 3-23. Voir aussi à ce propos Richard HENLEY et John PAMPALLIS, « The Campaign for Compulsory Education in Manitoba », (1982) 7-1 *CJE / RCÉ* 59.
  9. Le Manitoba est devenu une province canadienne en 1870, la cinquième à joindre la Confédération. Voir à cet effet : *The Manitoba Act*, 32-33 Vict., c. 3 (R.-U.); *An Act to Amend and Continue the Act 32 and 33, Vict., c. 3; and to Establish and Provide for the Government of the Province of Manitoba*, S.C. 1870, c. 3.  
Voir aussi l'ouvrage de M. S. DONNELLY, *Government of Manitoba*, Toronto, Toronto University Press, 1963; et « Manitoba », *The Canadian*

*existed prior to the Province of Manitoba entering Confederation were, so far as the people were concerned, purely private schools, and were not in any way subject to public control, nor did they in any way receive public support* »<sup>10</sup>. En entrant dans la Confédération, le Manitoba se trouvait obligé de respecter les compétences constitutionnelles réservées à chacun des paliers gouvernementaux. Reprenant l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique, le Manitoba Act affirme : « *Nothing in any law shall prejudicially affect any right or privilege with respect to denominational schools which any class of persons have by law or practice in the Province of the Union* »<sup>11</sup>. Dès 1871, la province votait sa première loi relative à l'éducation. Les pouvoirs étaient alors partagés en deux parts égales entre les Catholiques et les Protestants : une moitié des commissaires nommés au *board* était catholique et l'autre moitié protestante. Puis, en 1875, le pouvoir penche davantage du côté des protestants : « [...] *the only substantial amendments were that, in 1875, the board was increased to twenty-one, twelve Protestants and nine Roman Catholics* »<sup>12</sup>. Des districts scolaires protestants et catholiques pouvaient se superposer à cette époque. Dès 1876, les premières demandes pour un système d'éducation public sont faites de la part des protestants.

En 1890, le Parlement manitobain introduit deux nouvelles législations concernant l'éducation dans la province<sup>13</sup>. Les lois scolaires de 1890 impliquaient l'abolition des écoles à financement direct et l'élaboration des districts scolaires publiques, sans toutefois abolir les écoles privées. Aussi, l'enseignement de la

---

*Encyclopedia*, en ligne : <<http://www.thecanadianencyclopedia.com/articles/manitoba>> (consulté le 25 février 2012).

10. Affidavit de Mr. Polson dans le cas *Logan v. The City of Winnipeg*, dans John S. EWART, *The Manitoba School Question being a Compilation of the Legislation, the Legal Proceedings, the Proceedings before the governor-general-in-council*, Toronto, Copp & Clark Company, 1894, p. 17.
11. *Id.*, p. 1.
12. *Id.*, p. 3.
13. *An Act Respecting the Department of Education*, S.M. 1890, c. 37 et *An Act Respecting Public Schools*, S.M. 1890, c. 38.

religion en classe est devenu problématique<sup>14</sup>, de même que l'enseignement dans une autre langue que l'anglais. D'ailleurs, à l'article 8 de l'acte instituant les écoles publiques, il est clairement mentionné que la province veut limiter le nombre d'écoles sectaires dans la province : « *Section 8 "The public schools shall be entirely non-sectarian, and no religious exercises shall be allowed therein except as above provided"* »<sup>15</sup>. C'est tout un travail de recartographie de l'éducation qui était proposé par ces législations, recartographie impliquant la sécularisation des pratiques religieuses à l'école, voire leur marginalisation<sup>16</sup>.

Deux causes juridiques d'importance ont suivi l'implantation des lois scolaires de 1890<sup>17</sup>. Dans les deux cas, la constitutionnalité de la loi scolaire du Manitoba est reconnue par la Cour suprême du Canada. De fait, « *[i]n 1890 the policy of the past nineteen years was reversed; the denominational system of public education was entirely swept away* »<sup>18</sup>. Plusieurs pétitions sont déposées au Parlement demandant le retrait de la législation de 1890, et même un appel au conseil privé est mené par plusieurs personnes occupant des postes importants dans la

---

14. « 6. Religious exercises in the public schools shall be conducted according to the regulations of the Advisory Board. The time for such religious exercises shall be just before the closing hour in the afternoon », dans le jugement du conseil privé de 1892, à propos de la loi de 1890, *id.*, p. 25. « Section 7, Religious exercises shall be held in a public school entirely at the option of the school trustees for the district, and upon receiving written authority from the trustees, it shall be the duty of the teachers to hold such religious exercises », J. S. EWART, préc., note 10, p. 4.

15. J. S. EWART, préc., note 10, p. 4.

16. Alors que les pratiques religieuses, au sens large, occupaient une place prépondérante du temps scolaire, avec les législations de 1890, elles ont été limitées à quelques minutes par jour, concentrées à la fin de la journée. En ce sens, les pratiques religieuses maintenues dans les établissements scolaires ont été marginalisées, et non certains groupes ou certaines pratiques religieuses en particulier.

17. *Barrett v. The city of Winnipeg* et *Logan v. The city of Winnipeg*. À ce propos, voir J. S. EWART, préc., note 10, p. 6-21.

18. J. S. EWART, préc., note 10, p. 25. Tiré du jugement du conseil privé à propos des causes *Barrett v. The city of Winnipeg* et *Logan v. The city of Winnipeg*.

province. Nous notons alors une forte réaction des catholiques du Manitoba<sup>19</sup>, mais surtout de la part des catholiques anglophones, puisque les francophones étaient regroupés culturellement et conservaient leurs écoles. Notons toutefois qu'en 1890, aucun enfant n'était encore obligé de fréquenter l'école publique.

Puis, en 1897, un accord avec le gouvernement fédéral, l'accord Laurier-Greenway, permet un compromis pour les minorités religieuses<sup>20</sup>. Comme l'indique Jacques Lacoursière, l'accord favorise la mise en place d'un enseignement bilingue, alors que l'éducation religieuse est reléguée à la fin de la journée scolaire :

Le règlement Laurier-Greenway ne redonne pas aux catholiques les droits constitutionnels que leur garantissait l'article 22 de la loi du Manitoba. De surcroît, loin d'être neutres, les écoles publiques manitobaines, par leurs programmes, leurs manuels, leurs exercices religieux toujours en vigueur, prolongent les anciennes écoles protestantes<sup>21</sup>.

- 
19. Une clause de la loi de 1890 prévoit que lorsqu'un district protestant et un district catholique étaient installés au même endroit, comme c'était permis d'après la loi de 1871, le district catholique devait laisser la place au district protestant.
20. « Laurier et le Parti libéral prennent le pouvoir en juin 1896, surtout grâce à la promesse formelle de régler de façon définitive le problème scolaire du Manitoba. Une entente intervient dès novembre, entre le gouvernement fédéral et celui du Manitoba. Le "règlement Laurier-Greenway" est rendu public le 19 » dans Jacques LACOURSIÈRE, *Histoire populaire du Québec De 1896 à 1960*, t.4, Sillery, Éditions du Septentrion, 1995, p. 11. En ce qui concerne l'accord Laurier-Greenway, voir les *Termes de l'accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Manitoba pour le règlement de la question scolaire*, 16 novembre 1896 dans « Le compromis Laurier-Greenway », L'aménagement linguistique dans le monde, Université Laval, en ligne : <<http://www.tlfq.ulaval.ca/axl/amnord/manitoba-Laurier-Greenway.htm>> (consulté le 25 février 2012).
21. Comme l'indique Jacques Lacoursière : « En somme, tout enseignement religieux sera dispensé entre quinze heures trente et seize heures chaque après-midi. L'article 8 de l'entente précise : "Aucune séparation des élèves, par dénominations religieuses, n'aura lieu durant les heures de travail scolaire régulier". Quant à la question du français, cette langue

Même le pape, préoccupé par l'éducation donnée aux catholiques dans la province, publie, en 1897, *Affari Vos*, une encyclique sur la question scolaire au Manitoba<sup>22</sup>.

La loi scolaire votée par le Parlement manitobain en 1916<sup>23</sup> est beaucoup plus sévère, alors qu'elle oblige les enfants d'un district à fréquenter l'école publique. Les préoccupations pour former un citoyen responsable, pour augmenter les taux d'alphabétisation, pour émanciper l'individu des limites particulières de sa communauté d'appartenance et pour la cohésion sociale ont favorisé la mise en place de cette nouvelle législation. Comme l'indique Janzen<sup>24</sup>, le *Manitoba Free Press* soulignait que les écoles publiques étaient le symbole d'une nouvelle liberté. Les enfants éduqués dans les écoles publiques étaient considérés, par ce même journal, comme les enfants de

---

est ramenée sur le même pied que les autres : "Dans toute école où dix élèves parleront le français ou dont la langue maternelle sera toute autre que l'anglais", lit-on à l'article 10, l'enseignement donné à ces élèves se fera en français ou dans leur langue maternelle, et en anglais, d'après le système d'enseignement bilingue », dans J. LACOURSIÈRE, préc., note 20, p. 12.

22. « Conservateurs et libéraux comptent sur l'intervention du pape Léon XIII pour mettre un point final à la question scolaire du Manitoba. Le 31 mars 1897 arrive à Québec Rafaelo Merry del Val, délégué apostolique chargé par le Souverain pontife de l'éclairer sur la situation politique et religieuse du Canada. [...] En juillet, l'enquêteur pontifical reprend le chemin de Rome », p. 16. L'historien poursuit : « Le 9 décembre 1897, Léon XIII rend publique son encyclique *Affari Vos* sur la question des écoles du Manitoba. Le chef suprême de l'Église catholique affirme que les évêques canadiens ont bien fait de condamner le règlement Laurier-Greenway qui est une loi "défectueuse, imparfaite, insuffisante" », *id.*, p. 17.
23. C'est un amendement à la loi de 1890 qui est voté en 1916 : le *Manitoba School Attendance Act*. Cette nouvelle législation est adoptée pour calmer les demandes concernant l'éducation obligatoire pour tous. Voir à ce propos Philip OREOPOULOS, « Canadian Compulsory School Laws and their Impact on Educational Attainment and Future Earnings », (2005) 11F0019MIE-251 *Statistiques Canada, Analytical Studies Branch Research Paper Series* 4.
24. William JANZEN, *Limits on liberty: the experience of Mennonite, Hutterite, and Doukhobor communities in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1990, p. 97.



l'État : « *The children are the children of the state of which they are destined to be citizens; and it is the duty of the state that they are properly educated* »<sup>25</sup>.

### **La question de l'éducation pour les Mennonites**

Nous pouvons distinguer deux vagues migratoires qui ont amené les groupes mennonites au Canada. Une première s'étend entre 1776 et 1870 et se veut constituée de Mennonites en provenance des États-Unis, s'installant principalement en Ontario. Une seconde vague migratoire est initiée en 1874, alors que plusieurs familles mennonites en provenance de Russie s'installent dans les réserves de l'Ouest et de l'Est au Manitoba, spécialement créée pour répondre aux besoins de ces nouveaux arrivants<sup>26</sup>. Ces deux vagues migratoires provenaient de lieux différents et portaient des cultures sensiblement différentes. Alors que la première vague migratoire amenait des gens d'Europe occidentale (Suisse, Allemagne) à s'installer en Amérique, la seconde vague a amené des groupes en provenance de Russie. Lors de leur seconde vague d'immigration au Canada, le gouvernement fédéral a promis aux groupements mennonites qu'il leur serait possible de tenir des écoles séparées où l'allemand serait enseigné aux enfants<sup>27</sup>. Or, en vertu de l'Acte de l'Amérique

---

25. *Id.*

26. Les Mennonites ont quitté la Russie principalement en raison des pressions de la russification, alors qu'ils avaient été obligés d'enseigner le russe dans les écoles. En ce qui concerne l'établissement des Mennonites au Canada et les privilèges que leur a consentis le gouvernement fédéral, voir R. M. LEGAULT LABERGE, « Présence et influence anabaptiste au Canada avant la Première Guerre mondiale », dans Lorraine DEROCHER et al. (dir.), *L'État canadien et la diversité culturelle et religieuse, 1800-1914*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, aux pages 75-91. Voir aussi Harry LOEWEN, « Arrival and Settlement », *The Encyclopedia of Canada's Peoples/ Mennonites*, en ligne : <<http://multiculturalcanada.ca/Encyclopedia/A-Z/m6/3>> (consulté le 25 février 2012).

27. Le Canada leur avait garanti une éducation séparée, tel que mentionné dans les privilèges accordés aux Mennonites lors de leur arrivée au Canada : « [...] *full exercise of religious principles and education of children without restriction* », dans Frank. H. EPP, *Mennonites in Canada 1786-*

du Nord britannique, les compétences en matière d'éducation sont provinciales, ce qui signifie que les promesses faites par le gouvernement fédéral aux Mennonites lors de leur immigration n'étaient ni légitimes, ni valables<sup>28</sup>.

Les effets des législations manitobaines en matière d'éducation n'ont pas tardé à se faire sentir sur les écoles des minorités religieuses en général, et des Mennonites en particulier. Ainsi, l'éducation est un point chaud entre l'État canadien et les groupes anabaptistes, et c'est, entre autres, ce qui a provoqué des relations houleuses entre l'État et les membres des Mennonites. De fait, l'ambivalence des autorités gouvernementales manitobaines envers les communautés mennonites est apparue quelques années après leur établissement dans les réserves de l'Est et de l'Ouest. À l'origine, les écoles mennonites ont été enregistrées sous une dénomination protestante, avec financement public. Cependant, le gouvernement n'a pas tardé à s'immiscer dans l'éducation des communautés mennonites : « *Before long, it became apparent that the province's Board of Education was interested in more than just giving money. It wanted a measure of control. The first indication came in 1879 when the board attempted to examine and classify teachers* »<sup>29</sup>. Certaines communautés plus progressives n'ont pas hésité à laisser le gouvernement s'impliquer dans l'éducation, y voyant plutôt une façon d'améliorer leurs relations avec la société d'accueil<sup>30</sup>. En ce

---

1920. *The History of a Separate People*, 4<sup>e</sup> éd., Mennonite Historical Society of Canada/Macmillan of Canada, Toronto, 1975/1993, p. 192.

28. Pour plus d'information à propos des privilèges accordés aux Mennonites lors de leur immigration, voir Adolph ENS, « The Conspiracy That Never Was », (1985) 11-3 *Mennonite Historian* 1, 1-2.

29. W. JANZEN, préc., note 24, p. 90.

30. « *Some Mennonites, however, did not fear government involvement and remained with the provincially approved schools in the expectation that doing so would provide their people with the skills necessary for communicating with the larger Canadian society.* », W. JANZEN, préc., note 24, p. 90. Les Mennonites qui favorisaient les districts scolaires ont finalement développé l'éducation supérieure. Notons aussi l'importance de H. H. Ewert dans la promotion de l'éducation auprès des Mennonites du Manitoba. Lui-même un Mennonite, inspecteur des écoles pour le

sens, comme l'indique Epp<sup>31</sup>, la plupart des Mennonites ont su trouver un terrain d'entente à l'intérieur des contraintes gouvernementales. Toutefois, les communautés plus conservatrices, lorsqu'elles ont pris conscience de ce mode de fonctionnement, ont demandé un statut d'écoles privées, refusant les fonds publics pour leurs écoles. Selon la théologie anabaptiste, les Mennonites cherchent à se retirer du monde<sup>32</sup> et, au début du XX<sup>e</sup> siècle, cette attitude sectaire ne correspondait pas aux attentes des gouvernements provinciaux des Prairies.

Par la suite, les municipalités ayant été mises en place<sup>33</sup>, les Mennonites ont été obligés de payer pour les écoles publiques et de soutenir en même temps leurs écoles privées. Ce double financement à l'éducation était lourd pour les payeurs de taxes. Concrètement, la question du financement scolaire, en plus de l'enseignement de la religion et de l'embauche de professeurs, devenait alors problématique. En 1890, la loi scolaire du Manitoba rendait l'enseignement des religions et des langues autres que l'anglais encore plus compliqué dans les écoles. L'enseignement de la religion était alors permis seulement durant une courte partie de la journée, ce qui ne convenait pas aux orientations très religieuses adoptées dans les écoles mennonites<sup>34</sup> des

---

gouvernement manitobain dès 1891, il travaillait comme directeur au *Mennonite Collegial Institute*.

31. F. H. EPP, *Mennonites in Canada, 1920-1940*, Mennonite Historical Society of Canada/Macmillan of Canada, 1982, p. 95.
32. L'une des phrases les plus marquantes de la théologie anabaptiste s'exprime comme suit : « *To be in the world but not of the world* », dans Kathleen KENNA, *A People Apart*, New York, Éditions Houghton Mifflin, 1995, p. 35.
33. La mise en place des municipalités a été l'occasion pour le gouvernement manitobain de transformer les réserves mennonites en municipalités. Voir Ruth Elizateth BAUM, *The ethnohistory of law: the Hutterite case*, Albany, State University of New York Press, 1977, p. 325.
34. À propos de l'éducation religieuse dispensée dans les écoles mennonites, voir Terry SCHELLENBERG, « What is Christian education all about? », (1997) 1-3 *Canadian Mennonite* 19; et « What makes an elementary school Mennonite? », (1997) 27-5 *Mennonite Reporter* B2.

communautés les plus conservatrices<sup>35</sup>, qui maintenaient toutefois des écoles privées où le gouvernement n'intervenait que minimalement.

En 1897, l'accord Greenway-Laurier a mis en place un compromis qui permettait l'enseignement bilingue, en anglais et dans la langue maternelle des minorités<sup>36</sup>. Ce compromis satisfaisait bon nombre de communautés mennonites, même les plus conservatrices, puisque la possibilité de conserver des écoles privées était toujours en vigueur :

*Strangely, this arrangement, which did not completely satisfy either the French Catholics or the English Protestants, was relatively well suited to the Mennonites. The conservative Mennonites, like the Reinlaender Mennonite church, who wanted no government involvement in the education of their children, were left alone. They could continue with their private schools where German was the only language and where much of the curriculum had a religious orientation even though, if they also had to pay taxes to support the public schools<sup>37</sup>.*

Les autres branches des Mennonites s'accommodaient de l'enseignement bilingue en anglais et en allemand.

- 
35. À propos des groupes conservateurs chez les Mennonites, voir notamment Krahn CORNELIUS et H. Leonard SAWATZKY, « Old Colony Mennonites », (2004) *Global Anabaptist Mennonite Encyclopedia Online*, en ligne : <<http://www.gameo.org/encyclopedia/contents/O533ME.html>> (consulté le 25 février 2012); Alf REDEKOPP, « Reinlander Mennoniten Gemeinde (Manitoba) », *Global Anabaptist Mennonite Encyclopedia Online*, en ligne : <<http://www.gameo.org/encyclopedia/contents/R4575.html>> (consulté le 25 février 2012).
36. « *Eventually, in 1897, a compromise was negotiated that allowed for a bilingual public school system. The arrangement provided that 'when ten pupils in any school speak French or any language other than English as their native language, the teaching of such pupils shall be conducted in French, or such language, and English upon a bilingual system* », W. JANZEN, préc., note 24, p. 91.
37. W. JANZEN, préc., note 24, p. 91-92.

Les Mennonites ont donc été passablement libres avec leurs écoles jusqu'après la Première Guerre mondiale, alors qu'un amendement au *Public School Act*, le *Manitoba School Attendance Act*, voté par la législature manitobaine en 1916, oblige la fréquentation scolaire de tous les élèves à l'école publique d'un district<sup>38</sup>. La mise en application de la fréquentation scolaire obligatoire s'est avérée problématique pour les communautés mennonites, puisque cela correspondait, par le fait même, à l'abolition des écoles privées. Les écoles, étant publiques et à vocation séculière, visaient l'éducation de tous les citoyens, en anglais seulement et sans contenu religieux. Ainsi, la possibilité d'enseigner la religion et une autre langue était éliminée. L'enseignement d'une langue autre que l'anglais devenait problématique pour les minorités religieuses n'utilisant pas l'anglais dans leurs communications quotidiennes : « *The loss of bilingual instruction, the emphasis on Canadianization, and the popular designation of public schools as national schools were all causes for concern* »<sup>39</sup>. Au Manitoba en 1916, il existait plus de 60 écoles publiques mennonites dans des districts où la population était majoritairement mennonite. À la fin de la Première Guerre mondiale, il n'en restait que 30. Epp souligne que, du point de vue mennonite, les écoles étaient un lieu où les gouvernements tentaient d'inculquer un sentiment patriotique aux élèves<sup>40</sup>. Plusieurs appels ont été faits aux autorités canadiennes par diverses minorités religieuses et culturelles<sup>41</sup>, dont les Mennonites, afin de conserver leurs écoles, les principaux moyens de pression utilisés étant les demandes déposées devant les autorités civiles et les pétitions déposées au Parlement. Plus particulièrement, les

---

38. Cet exemple est donné pour le Manitoba, mais le même phénomène s'est produit en Saskatchewan, avec l'introduction du même type de législation par le Parlement de la province. Voir Helen RAPTIS, « A History of Education in Saskatchewan: Selected Readings », (2006) 29-4 *Canadian Journal of Education* 1309.

39. F. H. EPP, *Mennonites in Canada, 1920-1940*, préc., note 31, p. 97.

40. *Id.*, p. 100.

41. Comme l'indique F. H. EPP : « ...the large and vocal Francophone and Ukrainian communities protested the school legislation vigorously through newspaper, petitions, and special visits with government officials », *id.*, p. 109.

Mennonites ont demandé aux tribunaux canadiens de protéger leurs droits religieux consentis lors de leur immigration, mais toutes leurs démarches ont été déboutées. Des représentants des communautés mennonites ont même rencontré le ministre de l'Éducation et le Premier ministre manitobain, en vain.

Certaines communautés mennonites ne respectaient pas les nouvelles exigences provinciales en matière d'éducation et résistaient passivement aux législations. Des sanctions sont alors données par le gouvernement manitobain à plusieurs membres des communautés mennonites, et ce, à partir des années 1920. Ainsi, plusieurs mises en demeure, accusations devant les tribunaux et amendes ont été données aux Mennonites parce qu'ils ne respectaient pas la loi concernant les écoles. Certaines personnes ont même été emprisonnées. Epp nous apprend qu'entre 1920 et 1925, ce sont plus de 5000 mesures de ce genre qui ont été menées contre les Mennonites dans les Prairies canadiennes<sup>42</sup>.

Devant les mesures restrictives adoptées par le Canada, les groupes Mennonites les plus conservateurs envisagent l'émigration : « *When the conservative Mennonites found that their appeals were being rejected, they began to explore the possibility of immigrating to another country* »<sup>43</sup>. C'est en Amérique Centrale et en Amérique du Sud qu'ils trouvent des gouvernements prêts à leur consentir les libertés recherchées. Ainsi, entre 1920 et 1930, sous les effets des pressions étatiques en matière d'éducation, plusieurs familles mennonites qui s'étaient établies au Manitoba et en Saskatchewan quelques décennies auparavant refont leurs valises et déménagent, au Mexique, au Belize et au Paraguay notamment<sup>44</sup>.

---

42. *Id.*, p. 103.

43. W. JANZEN, préc., note 24, p. 97.

44. Voir à ce propos Calvin Wall REDEKOP, *The Old Colony Mennonites. Dilemmas of Ethnic Minority Life*, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1969. Voir aussi Melanie ZUERCHER, « Story Led Photojournalist to Document Seminole Mennonites' Lives », (2008) *Targeted News Service*, en ligne :

Leur départ subit est définitivement provoqué par les nouvelles exigences de l'État en matière d'éducation, exigences qui correspondent, selon les Mennonites, à la mise en avant de valeurs militaires et nationalistes contraires à leur théologie. Cet exemple démontre que le Canada pouvait perdre des citoyens à l'époque, et ce, parce que ses exigences ne convenaient pas aux membres de certaines communautés. Dans ce cas, la gestion de la diversité va plutôt dans le sens de l'assimilation, alors que les Mennonites ne sont qu'une minorité parmi d'autres, une minorité qui a eu à s'adapter à ces exigences étatiques : « *It is important to remember that the Mennonites were not the only ethnic or religious group with concerns about provincial educational policies* »<sup>45</sup>. Ainsi, l'obligation de fréquenter les institutions scolaires publiques n'était pas une mesure restrictive dirigée spécialement contre les Mennonites, mais un nouveau contrat social qui concernait toutes les minorités religieuses et ethniques. Comme Epp le souligne, nous pouvons remarquer que le Canada effectuait à l'époque certaines pressions dans le sens d'une intégration plus prononcée des minorités ethniques et religieuses habitant son territoire, en effectuant la construction et la promotion d'une identité nationale forte<sup>46</sup>. En ce sens, l'éducation chez les Mennonites au tournant du XX<sup>e</sup> siècle se veut un exemple clair de la rencontre d'une identité nationale et d'une identité religieuse.

## **Discussion**

Tout d'abord, nous constatons que la question scolaire dans les Prairies concernait tous les groupements minoritaires ayant contribué à l'effort de colonisation de l'Ouest, autant les francophones et les anglophones catholiques que les allophones. Plusieurs minorités se sentaient concernées par le maintien d'écoles où l'enseignement de leur religion était chose possible. Toutefois, l'État canadien était aussi soucieux d'une éducation de qualité, une éducation qui transcende les limites fixées par la

---

<<http://www.bethelks.edu/news-events/news/2008/post/3987/>>  
(consulté le 25 février 2012).

45. F. H. EPP, *Mennonites in Canada, 1920-1940*, préc., note 31, p. 98.

46. *Id.*, p. 99-100.

seule communauté d'appartenance, comme en témoigne l'implantation progressive de mesures favorisant l'éducation du « citoyen canadien »<sup>47</sup>. Nous remarquons alors l'établissement d'un certain multiculturalisme de fait s'inscrivant dans les limites de la chrétienté, mais aussi une certaine forme de multiculturalisme légal qui émerge de l'interaction entre les groupements religieux et l'État<sup>48</sup>. Par ailleurs, nous constatons qu'un certain conflit peut naître entre les compétences provinciales, telles que l'éducation, et les compétences fédérales, telles que la liberté religieuse. Ainsi, ce qui a été assuré par l'État canadien fédéral lors de l'implantation dans les Prairies des communautés mennonites s'est par la suite vu contredit par des mesures provinciales.

Ainsi, l'immigration mennonite a su se montrer vivante et abondante sur le territoire canadien jusqu'à la Première Guerre mondiale. Toutefois, un sentiment antigermanique fort est né lors de la Première Guerre mondiale<sup>49</sup>, doublé de la montée d'un sentiment nationaliste. Par ailleurs, l'immigration mennonite est placée sous sévère restriction dès 1919, et ce, pour quelques années. Les autorités gouvernementales abondent dans le même sens que la pression populaire, qui accuse les membres de la

---

47. À ce propos, voir notamment P. OREOPOULOS, préc., note 23.

48. Dans son ouvrage *Multiculturalism and the History of Canadian Diversity*, le sociologue Richard Day distingue quatre facettes du multiculturalisme : le fait de la diversité, la prescription d'un idéal social, la description et la prescription d'actions gouvernementales en réponse au fait de la diversité et en vue de paver la voie vers l'idéal, ou l'idéal déjà atteint. Nous en retiendrons deux ici, soit le fait de la diversité et la description et la prescription d'actions gouvernementales en réponse à cette diversité, qui s'associent, d'une part, avec le multiculturalisme de fait et, d'autre part, avec le multiculturalisme légal. Dans le Manitoba du début du XX<sup>e</sup> siècle, le multiculturalisme de fait était principalement marqué par la pluralité des communautés chrétiennes, catholiques, protestantes, anabaptistes. Le multiculturalisme légal, quant à lui, se profilait dans les interactions que les gouvernements et les tribunaux, notamment, entretenaient avec ces communautés religieuses. Richard DAY, *Multiculturalism and the history of Canadian diversity*, Toronto, University of Toronto Press, 2000.

49. À l'époque, les Allemands ont été considérés comme ennemis de la nation durant de nombreuses années, et ce, même s'ils constituaient l'une des minorités linguistiques les plus importantes au pays.



minorité religieuse d'antipatriotisme. En ce sens, l'idéal d'une loi unique pour tous transparaissait après la Confédération, alors que nous pourrions considérer comme des efforts d'assimilation les pressions faites sur les écoles mennonites des Prairies. Toutefois, il faut comprendre que la période qui s'étend entre 1914 et 1945 a été particulièrement houleuse pour la politique canadienne. C'est durant cette période que l'immigration s'est pratiquement arrêtée et que des citoyens, Japonais et Ukrainiens notamment, ont été placés dans des camps de détention<sup>50</sup>. Décentrer l'attention de la nation ennemie et forger un foyer d'appartenance selon les modèles nationaux importés d'Europe<sup>51</sup>, fondés à l'époque sur une citoyenneté partagée et fortement intégrée, tels étaient les objectifs de l'État canadien au tournant du XX<sup>e</sup> siècle.

La place des minorités dans ce contexte s'inscrit à l'intérieur de cadres sociaux plus larges, qui incluent certaines circonstances nationales et internationales. Lors de sa fondation institutionnelle, le Canada adoptait une attitude se rapprochant davantage de ce que Harvey nomme la culture publique commune, tendant vers l'assimilation<sup>52</sup>. En fait, c'était les intérêts de la nation qui primaient, ce qui entraînait parfois une certaine incohérence dans la réponse de l'État canadien à la présence de minorités religieuses sur son territoire. Cela a conduit, par exemple, à l'adoption d'un modèle de gestion de la diversité lors d'une situation précise, alors qu'une autre situation entraînait l'adoption d'un autre modèle. Ce qui nous fait dire à certaines occasions que le Canada cherchait l'assimilation des populations,

---

50. À ce propos, voir les documents suivants : W. Peter WARD, *Les Japonais au Canada*, coll. « Les groupes ethniques au Canada », n° 3, Ottawa, Société historique du Canada, 1982; Oleh W. GERUS et James Edgar REA, *Les Ukrainiens au Canada*, coll. « Les groupes ethniques au Canada », n° 10, Ottawa, Société historique du Canada, 1985.

51. Anne-Marie THIESSE, *La création des identités nationales, Europe, XVIII-XX siècle*, coll. « L'Univers historique », Paris, Éditions du Seuil, 1999.

52. À ce propos, voir Julien HARVEY, « Le pour et le contre d'un multiculturalisme montréalais », dans le collectif *Pluriethnicité, éducation et société : construire un espace commun*, sous la direction de F. OUELLET et M. PAGE, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1991.

en s'introduisant cavalièrement dans la gestion quotidienne de la diversité, alors qu'en d'autres occasions, le Canada manifestait un laisser-aller par rapport à cette même diversité. Un pragmatisme se dégage de cette conception des interventions étatiques envers les minorités culturelles et religieuses, le même pragmatisme qui a favorisé l'adoption de la politique du multiculturalisme en 1971.

Par ailleurs, le multiculturalisme ne signifie pas que tout est permis, il signifie plutôt que l'État s'est doté de balises pour gérer la diversité culturelle et religieuse foisonnante sur son territoire. Ce cadre de gestion de la diversité s'offre comme une direction générale, ce qui ne veut pas dire que l'État accepte tout ou que tout peut se faire n'importe comment. Car sur la base de la liberté religieuse, par exemple, beaucoup de règlements et de législations pourraient être contestés. L'État peut se permettre d'interdire certaines choses devant des considérations nationales qui dépassent l'intérêt d'un groupe en particulier. Dans ce contexte, le multiculturalisme peut signifier l'interdiction ou l'obligation de certaines choses, selon certaines considérations d'ordre général. C'est dire que la gestion de la diversité culturelle et religieuse dépasse les considérations à propos d'un groupe en particulier pour s'inscrire dans un cadre complexe et global concernant l'ensemble des groupes de la société canadienne. Aujourd'hui, des obligations continuent d'ailleurs à être imposées par l'État canadien aux minorités culturelles et religieuses qui peuplent son territoire. Cette situation s'illustre notamment par le cas de la *Wilson Colony*, porté jusqu'en Cour Suprême du Canada en 2009<sup>53</sup>. Les tribunaux ont statué que les membres des Huttériens devaient respecter la législation provinciale albertaine et prendre leur photographie afin de l'apposer sur leurs permis de conduire. Nous voyons clairement dans cet exemple que l'État canadien conserve le droit de légiférer, droit qui inclut en lui-même les manifestations légales du multiculturalisme.

---

53. *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567.

## Conclusion

Au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, l'État cherchait à éviter la sectarisation dans le domaine de l'éducation, comme en témoigne certains passages de la loi scolaire manitobaine de 1890. Nous remarquons ici la préoccupation pour le développement d'une identité canadienne solide<sup>54</sup> qui intègre les nouveaux arrivants dans une cohésion sociale favorisant l'unité. D'ailleurs, favoriser l'unité de la diversité et éviter les développements sectaires se veulent aussi dans les objectifs de la politique du multiculturalisme. Concrètement, le multiculturalisme s'est inscrit dans la constitution canadienne, la loi suprême du pays, dès 1982. Toutefois, le multiculturalisme était, de fait et légalement, présent bien avant sur le territoire canadien, les relations initiales avec les Mennonites n'étant qu'un exemple parmi d'autres de sa présence historique au Canada<sup>55</sup>. Le multiculturalisme ne s'exprimait alors pas de la même façon. Ainsi, la promotion, la reconnaissance et la valorisation des différences culturelles étaient subordonnées à des considérations dépassant les frontières particulières des minorités culturelles et religieuses.

L'État se doit toutefois d'adopter une attitude différente avec les sectes, bien qu'elles ne soient pas toujours d'une particulière dangerosité. Cette attitude émerge directement de la volonté de la secte à s'établir « à part » du monde, dans un espace social différent<sup>56</sup>. Cela implique, d'une certaine façon, des organes

---

54. Rosa BRUNO-JOFRE, « Citizenship and Schooling in Manitoba, 1918-1945 », (1998-1999) 36 *Manitoba History*, en ligne <[http://www.mhs.mb.ca/docs/mb\\_history/36/citizenship.shtml](http://www.mhs.mb.ca/docs/mb_history/36/citizenship.shtml)> (consulté le 25 février 2012). Voir aussi Lorna R. McLEAN, « Education, Identity, and Citizenship in Early Modern Canada », (2007) 41-1 *Journal of Canadian Studies* 5.

55. Nous pourrions aussi faire référence à la présence des Ukrainiens et des Doukhobors sur le territoire canadien par exemple.

56. Pour la secte, la présence au monde est dans l'absence à ce monde. Notons que l'espace social de la secte est une brave utopie, ou une vaine illusion, tous se trouvant dans le même monde, peu importe les lieux d'appartenance. Plusieurs groupes composent la société, chacun offrant un espace d'appartenance et de totalisation distinct. Mais du point de vue de l'État, ces groupes se trouvent au même niveau, celui des

de vigilance étatique qui viennent indiquer, lorsque c'est possible<sup>57</sup>, que des limites sont atteintes. Les tribunaux sont là pour jouer en partie ce rôle. Mais cette préoccupation spéciale pour les groupes sectaires doit aussi s'harmoniser avec l'espace multiculturel canadien. L'État entre alors parfois en négociation ponctuelle avec certaines sectes et il module alors ses pratiques envers les citoyens selon leur appartenance. Ainsi, les Mennonites pouvaient, à bien des égards, être perçus comme sectaires par l'État canadien. Nous sommes loin du concept selon lequel un seul modèle s'appliquerait à toutes les situations de la même façon<sup>58</sup>. Dans les faits, l'attitude, les méthodes, les prescriptions, les exigences de l'État varient selon les problématiques émergentes, en fonction de cadres sociaux plus larges.

La nature des différences en cause vient sans contredit influencer l'État dans ses décisions. Certains groupes ne posent que peu de problèmes puisque les différences mise de l'avant par leurs communautés ne sont pas si grandes par rapport au reste de la population en général. En ce sens, les groupes anabaptistes, dont les Mennonites font partie, sont chrétiens et se sont établis en terre chrétienne. Leurs différences sont relativement mineures par rapport aux ressemblances qui les unissent aux autres citoyens canadiens. Pour donner un exemple qui, au contraire, choque le sens commun, pensons aux rituels religieux qui impliquent les scarifications. Ces rituels avaient été interdits aux

---

déterminismes partiels, pour utiliser les mots de Gurvitch. En ce sens, l'État est ce lieu qui transcende les cultures particulières. À preuve : lors de situations impliquant le droit criminel, les membres de tous les groupes se voient soumis aux mêmes lois.

57. Toutefois, l'État ne peut pas être tenu responsable d'une trop grande liberté humaine, qui dégènerait dans l'excès de la perversion, de la criminalité, de la débauche ou de la crapulerie. L'État pose les balises lorsque c'est possible. Par exemple, l'État ne pourrait être tenu responsable des dérapages connus dans l'affaire de L'ordre du temple solaire et au drame qui s'y associe, pour ne pas avoir freiné les adhérents à ce culte.
58. Nous ne parlons pas alors d'un multiculturalisme qui se serait exprimé de façon unilatérale tout au long de l'histoire canadienne, mais des multiculturalismes qui se sont présentés de diverses façons selon les problématiques sociales émergentes.

autochtones de l'Ouest canadien lors de la colonisation. Ces rituels sont aujourd'hui autorisés pour les autochtones, mais aussi pour les groupes d'immigrants hindous qui pratiquent le thaipusam<sup>59</sup>. Par ailleurs, nous affirmons que l'État pose des décisions en ce qui concerne la gestion de la diversité culturelle et religieuse. Nous devons toutefois spécifier que ce sont les personnes qui ont des rôles à l'intérieur des institutions qui décident des chemins à emprunter. Le Canada n'est pas exclusivement un pays libéral, mais bien une nation démocratique où plusieurs tendances se côtoient au quotidien. Il semble indéniable dans ce contexte que certains esprits soient heurtés par certaines pratiques qui leur semblent tout à fait absurdes. Les temps et les mentalités changent, les législations aussi.

---

59. Le plus grand festival hindou d'Amérique se tient chaque année à Val-Morin. C'est une occasion pour les pratiquants de rendre hommage à leurs Dieux par le thaipusam.



**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** UNE MISE EN SCÈNE NATIONALISTE DE LA LAÏCITÉ EN PORTE-À-FAUX AVEC LA RÉALITÉ DES AMÉNAGEMENTS LAÏQUES CANADIENS : ÉLÉMENTS DU DÉBAT QUÉBÉCOIS

**Auteur(s) :** David KOUSSENS

**Revue :** *RDUS*, 2013, numéro Hors série

**Pages :** **183-204**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10251>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10251>

*Page vide laissée intentionnellement.*



## ARTICLE

---

# UNE MISE EN SCÈNE NATIONALISTE DE LA LAÏCITÉ EN PORTE-À-FAUX AVEC LA RÉALITÉ DES AMÉNAGEMENTS LAÏQUES CANADIENS : ÉLÉMENTS DU DÉBAT QUÉBÉCOIS

par David KOUSSENS\*

*Cet article propose de dresser un rapide portrait des représentations dominantes de la laïcité véhiculées dans le débat public au Québec, cela afin de montrer comment ces représentations correspondent à une conception nationaliste de la laïcité. Il expose ensuite comment les principes de justice aux fondements de la laïcité on émergé très tôt dans le contexte juridique canadien. Ce faisant, l'article souligne le décalage de cette conception nationaliste de la laïcité avec la réalité juridique de la laïcité au Canada*

---

*This article presents how a nationalist conception of secularism is gaining currency in public discourse in Quebec regarding the regulation of religious diversity. It also underlines the gap between this dominant representation of secularism and the juridical reality regarding secularism in Canada.*

---

\* . Titulaire de la Chaire de recherche sur les religions en modernité avancée et professeur au Département d'études religieuses de l'Université de Sherbrooke.

## **SOMMAIRE**

<b>Introduction .....</b>	<b>185</b>
<b>1) L'émergence d'une conception nationaliste de la laïcité au Québec.....</b>	<b>191</b>
<b>2) Une laïcité juridique qui ne porte pas son nom .....</b>	<b>195</b>
<b>Conclusion .....</b>	<b>202</b>

## Introduction

Les débats qui, depuis la controverse sur les pratiques d'accommodements raisonnables, portent sur la régulation de la diversité religieuse dans la sphère publique au Québec ont donné lieu à de nombreuses productions scientifiques ou contributions d'organismes de la société civile, dans lesquelles le terme « laïcité » est fréquemment employé. Si l'usage social de ce terme s'est rapidement répandu<sup>1</sup>, c'est-à-dire si une forme de « laïcité narrative »<sup>2</sup> a semblé émerger au Québec, la province reste souvent perçue comme une société non laïque. Un modèle français de laïcité - qui ne correspond cependant qu'à une représentation partielle de ce qu'est la laïcité française - est même parfois invoqué par certains auteurs comme celui que le Québec devrait adopter<sup>3</sup>. Loin d'être restées cantonnées à la période de travail (2007-2008) de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, de telles positions peuvent également être retracées dans les débats parlementaires qui, au printemps 2011, ont animé la classe politique québécoise sur un projet de loi n° 94 concernant les balises encadrant les demandes d'accommodements raisonnables

- 
1. Micheline MILOT, *La laïcité*, coll. 25 questions, Montréal, Novalis, 2008, p. 76.
  2. Le terme est emprunté au juriste Alessandro Ferrari. Il s'agit d'un type de laïcité qui correspond au récit d'un certain « idéal laïque » ou d'une certaine mémoire de la laïcité. La « laïcité narrative » prend corps dans le débat social, articulant différemment les principes intrinsèques de la laïcité selon l'enjeu politique du moment et véhiculant ainsi, au gré des circonstances, différentes conceptions de ce que serait la laïcité. Voir Alessandro FERRARI, « De la politique à la technique : laïcité narrative et laïcité du droit. Pour une comparaison France/Italie », dans Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET et François JANKOWIAK (dir.), *Le droit ecclésiastique de la fin du XVIIIe au milieu du XXe siècle en Europe*, Leuven, Peeters, 2009, p. 333-345.
  3. Voir notamment Daniel BARIL, « Les accommodements religieux pavent la voie à l'intégrisme », 9 (2007) 1, *Éthique publique* 174; Paul BÉGIN, « Laïcité et accommodements raisonnables », 9 (2007) 1, *Éthique publique* 158; Yolande GEADAH, *Accommodements raisonnables. Droit à la différence et non différence des droits*, Montréal, VLB éditeurs, 2007, 95 p.

dans les administrations publiques<sup>4</sup>. Elles ont également rejailli en 2013 alors que le gouvernement du Québec créait une « Direction en matière de laïcité et d'identité » au sein du Secrétariat aux institutions démocratiques et à la participation citoyenne, afin de préparer une Charte des valeurs québécoises.

Si l'on a donc tendance aujourd'hui à observer, à partir du Québec, comment s'articulent les aménagements laïques dans l'Hexagone, c'est aussi en oubliant que les Français eux-mêmes se sont inspirés du modèle canadien de laïcité quand a été adoptée, en 1905, la loi de séparation des Églises et de l'État<sup>5</sup>. Dans les travaux préparatoires à l'adoption de ce texte, le député Aristide Briand, qui était le rapporteur de la loi, situait en effet le Canada comme l'un des États où la séparation avec les Églises était la mieux achevée. Dans un rapport déposé à l'Assemblée nationale française, le député proposait ainsi une typologie classifiant les États selon le palier de laïcité auquel ils avaient accédé<sup>6</sup>. Le député distinguait trois paliers. Premièrement, il évoquait « une phase quasi-théocratique » où l'État « étroitement uni à [une Église], reconnaît la prédominance d'une religion sur toutes les autres et n'admet que des institutions sociales conformes aux principes de cette religion ». Il y situait notamment l'Espagne, le Portugal ou la Grèce. Deuxièmement, Aristide Briand décrivait une phase qu'il qualifiait de « demi-laïcité » où les États « proclament les principes de la liberté de conscience et de liberté des cultes, mais considèrent néanmoins certaines religions déterminées

---

4. *Loi établissant les balises encadrant les demandes d'accommodement dans l'Administration et dans certains établissements*, projet de loi n° 94, 1<sup>ère</sup> sess., 39<sup>e</sup> légis. (Qc). : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-94-39-1.html>>.

5. *Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État*, [en ligne] : <[http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=50F9A1D92B16952B6AC1DB7CF83B3D3E.tpdjo07v\\_2?cidTexte=LEGITEXT000006070169&dateTexte=20100125](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=50F9A1D92B16952B6AC1DB7CF83B3D3E.tpdjo07v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070169&dateTexte=20100125)> (consulté le 17 juin 2013).

6. Rapport fait au nom de la commission relative à la séparation des Églises et de l'État et à la dénonciation du concordat chargée d'examiner le projet de loi et les diverses propositions de loi concernant la Séparation des Églises et de l'État, Annexe au procès-verbal de la 2<sup>e</sup> séance du 4 mars 1905.

comme des institutions publiques qu'ils reconnaissent, protègent et subventionnent ». Aristide Briand y situait la Prusse, l'Autriche, et bien sûr la France avec le régime concordataire. Le député définissait enfin une phase de pleine laïcité où « l'État est réellement neutre et laïque; l'égalité et l'indépendance des cultes sont reconnues; les Églises sont séparées de l'État ». Aristide Briand estimait alors que ce régime de séparation était « largement adopté dans le Nouveau Monde; le Canada [...], les États-Unis et le Mexique n'en connaissent point d'autre ».

Cette typologie présentée en 1905 par celui que l'on qualifie souvent de « père » de la laïcité française peut sembler paradoxale au regard des débats les plus contemporains qui animent le Québec. Alors même que le député français présentait le Canada comme étant l'un des États où la séparation des Églises et de l'État était déjà effective au début du XIX<sup>e</sup> siècle, ces débats, sur lesquels je reviendrai plus loin, regrettent à l'inverse que la province ne connaisse pas de vrai régime de laïcité, en considérant qu'un tel régime ne pourrait être effectivement garanti que par la formalisation du principe lui-même dans une norme juridique.

Pourtant, comme l'avait relevé Aristide Briand, un véritable processus de laïcisation était bien décelable au Canada à l'époque où la loi française de séparation des Églises et de l'État était débattue, des éléments de laïcité ayant émaillé son histoire dès la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle. Un tel processus peut également être dégagé au Québec. Nourri de conflits juridiques et politiques, l'affranchissement politique de l'influence de la religion catholique y a en effet été le fruit d'un « travail continu, en constante tension avec les forces confessionnelles » et qui ne saurait ainsi se résumer à « [l'effondrement rapide du] "ciel québécois" pendant la Révolution tranquille »<sup>7</sup>. Pourtant, l'absence de « laïcité établie » au Canada continue d'influer sur les représentations de la laïcité qui y sont véhiculées. Et au Québec en particulier, on constate un « écart considérable entre la représentation que l'Église ou la

---

7. M. MILOT, préc., note 1, p. 75-76.

société se sont faites d'elles-mêmes et les aménagements politiques et juridiques réels »<sup>8</sup>. Pour quelles raisons?

Premièrement, les éléments de sécularisation, qui recouvrent les aspects psychosociaux et culturels du rapport à la religion, ont souvent plus tendance à marquer les mémoires collectives et à agir sur les systèmes de représentations que les dimensions juridiques et politiques de la régulation des relations entre Églises et État relatives à la laïcisation. Les processus de laïcisation ne sont donc pas toujours aisément identifiables par les citoyens, parce qu'ils émergent de normes juridiques qui ne portent pas toujours le nom d'une réalité politique vers laquelle elles tendent pourtant : la laïcité<sup>9</sup>.

Deuxièmement, les conceptions et représentations de la laïcité véhiculées dans la société sont souvent corrélées avec des événements (parfois qualifiés d'« incidents ») qui recèlent un fort pouvoir symbolique, parce qu'ils s'avèrent porteurs d'une importante charge émotive pour ceux qui les vivent. Tels sont notamment les cas des récentes controverses relatives au port de signes religieux dans la sphère publique. Au cours des années 1990, ces controverses ont alimenté, en contexte français, la production des premières contributions proposant une définition perfectionniste de la laïcité<sup>10</sup>. Se nourrissant des polémiques sur le port de signes religieux dans les institutions publiques (*hijab*; sous-turban et kirpan sikhs; voile intégral), cette conception perfectionniste de la laïcité a ensuite fait l'objet de théorisations

---

8. *Id.*, p. 73.

9. Comme on le verra plus loin, des éléments de laïcisation peuvent ainsi émerger de traités qui n'ont pourtant pas comme finalité de mettre en place un régime de laïcité. Ils peuvent également procéder de jurisprudences qui ne visaient pas expressément à en garantir le principe, mais aussi de lois (légalisation de l'avortement, légalisation du mariage entre conjoints de même sexes, lois sur la bioéthique) qui, tout en portant intrinsèquement certains des principes constitutifs de la laïcité (séparation des Églises et de l'État, neutralité de l'État, égalité des citoyens), ne poursuivent pourtant pas de visées laïques.

10. Guy COQ, « Église et démocratie », (1997) 233, *Esprit* 278; Henri PENA-RUIZ, *La laïcité*, coll. Dominos, Paris, Flammarion, 1998.

plus nombreuses au cours des années 2000 dans plusieurs sociétés, dont la France<sup>11</sup>, la Belgique<sup>12</sup> mais aussi le Québec<sup>13</sup> où elle a trouvé un large écho. Dans cette dernière société, cet écho s'est traduit dans les propositions que certains partis politiques avaient formulées dans les mémoires soumis à la Commission dite « Bouchard-Taylor »<sup>14</sup>, mais également dans les rapports rédigés par certains organismes institutionnels dont le Conseil du statut de la femme<sup>15</sup>.

Les périodes « de crise » - et la controverse sur les pratiques d'accommodements raisonnables en était certainement une - sont en effet souvent propices au développement de rhétoriques mobilisant de nouveaux codes d'appartenance dans le débat politique, favorisant par là même le déploiement de narrations identifiant plus fortement les valeurs partagées par un groupe spécifique et qui sont constitutives de son identité nationale. Si le débat a alors d'autant plus rejailli dans le champ politique au Québec, c'est parce que celui-ci s'inscrit dans un système normatif national qui le dépasse, un système normatif avec lequel il compose nécessairement, mais qui suscite aussi la contestation en ce qu'il limiterait sa souveraineté et contribuerait à diluer toujours plus l'identité nationale.

- 
11. Régis DEBRAY, *Ce que nous voile le voile*, Paris, Éditions Gallimard, 2004. Catherine KINTZLER, *Qu'est-ce que la laïcité?*, coll. Chemins philosophiques, Paris, Éditions Vrin, 2007. Henri PENA-RUIZ, *Qu'est-ce que la laïcité?*, Paris, Éditions Gallimard, 2003.
  12. Nadia GEERTS, *La laïcité à l'épreuve du XXIème siècle*, Bruxelles, Éditions Luc Pire, 2009.
  13. Caroline BEAUCHAMP, *Pour un Québec laïque*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2011; Guy Rocher, « La laïcité de l'État et des institutions publiques », dans Normand BAILLARGEON et Jean-Marc PIOTTE (dir.), *Le Québec en quête de laïcité*, Montréal, Les éditions Écosociété, 2011; Y. GEADAH, préc., note 3.
  14. David KOUSSENS, « Comment les partis politiques québécois se représentent-ils la laïcité? », 9 (2009) 1 *Diversité urbaine* 27.
  15. David KOUSSENS, « Expertise publique sous influence? Rapports publics français et québécois relatifs à l'expression individuelle des convictions religieuses dans les institutions publiques », (2011) 155 *Archives de sciences sociales des religions* 61.

Marquant les esprits et suscitant des inquiétudes, les diverses controverses relatives à la visibilité de l'expression du religieux dans la sphère publique ont contribué au déploiement de nombreux discours *sur* la laïcité qui privilégient aux principes de justice un certain nombre de valeurs dites « culturelles » ou « nationales ». Il s'agit là d'une conception de la laïcité que l'on peut qualifier de nationaliste et qui, prenant appui sur des nécessités de protection de la nation ou de défense des valeurs communes, se trouve ainsi en décalage (voire en porte-à-faux) avec les multiples aménagements du droit en vertu desquels la laïcité prend pourtant forme dans la gouvernance politique. C'est pour cette raison qu'il est aujourd'hui important de revenir aux racines de la laïcité canadienne, un tel retour permettant en effet de déconstruire un discours dominant qui dénature la laïcité en l'essentialisant.

Partant de la période contemporaine, je propose dans un premier temps de dresser un rapide portrait des représentations dominantes de la laïcité véhiculées dans le débat public au Québec, cela afin de montrer comment ces représentations correspondent à une conception nationaliste (communautarienne) de la laïcité. C'est dans un second temps que j'exposerai alors comment les principes de justice aux fondements de la laïcité ont émergé très tôt dans le contexte juridique canadien, et notamment dans les traités fondateurs du Canada. Retracer ce lent processus de laïcisation des institutions canadiennes permettra ainsi : 1) de rappeler que les finalités profondes poursuivies par un État laïque sont bien la garantie des principes de justice, et qu'un tel État ne saurait, selon cette lecture, favoriser une conception du bien plutôt qu'une autre; 2) de montrer que tout en étant une réalité politique ancienne, la laïcité demeure un aménagement du politique décelable dans la période contemporaine, procédant aujourd'hui du travail interprétatif des juges canadiens et québécois dans la mise en application effective des principes de justice; 3) de pointer, ce faisant, l'inadéquation de toute conception nationaliste de la laïcité avec la réalité des mondes vécus, cela même si ladite conception demeure une représentation largement partagée.



## 1) **L'émergence d'une conception nationaliste de la laïcité au Québec**

C'est principalement au cours de la controverse associée aux pratiques d'accommodements raisonnables que se sont élevées plusieurs voix réclamant l'adoption d'une loi qui seule pourrait garantir les acquis d'un processus de laïcisation encore fragile ou même instaurer un régime de laïcité encore absent dans la province. Le juriste Pierre Bosset constate ainsi que plusieurs auteurs préconisent désormais la mise en œuvre de ce qu'ils qualifient de « laïcité ferme » où la loi serait le meilleur rempart contre toute fragmentation de la cohésion sociale<sup>16</sup>. Le philosophe Daniel Weinstock fait ce même constat d'un intérêt marqué de la classe intellectuelle et politique québécoise pour un principe de laïcité qualifié d'« à la française »<sup>17</sup>. Ce dernier souligne en particulier que les propositions de la Commission Stasi<sup>18</sup> ainsi que la loi du 15 mars 2004<sup>19</sup> donnant corps à l'une des propositions de cette commission ont suscité « un engouement considérable chez bon nombre de nationalistes civiques, qui arguèrent pour une importation des principes et des pratiques de la laïcité française en sol québécois »<sup>20</sup>.

---

16. Pierre BOSSET, « Le droit et la régulation de la diversité religieuse en France et au Québec : une même problématique, deux approches », 13 (2005) 3 *Bulletin d'histoire Politique* 90.

17. Daniel WEINSTOCK, « Pour le multiculturalisme canadien, contre la laïcité française », Actes du colloque *Diversité de foi, égalité de droits*, Montréal, 2006, p. 100.

18. *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. Rapport remis au président de la République*, 2003, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000725/0000.pdf>> (consulté le 17 juin 2013).

19. *Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, J.O. 17 mars 2004, p. 5190.

20. Daniel WEINSTOCK, « La "crise" des accommodements au Québec : hypothèses explicatives », 9 (2007) 1 *Éthique publique* 22.

À titre illustratif, il est possible de rapporter la position, qui n'a pas été sans susciter la critique<sup>21</sup>, exprimée par l'ancien ministre de la Justice du Québec Paul Bégin<sup>22</sup>. Sans évoquer le terme de laïcisation, ce politicien considérait que c'est l'évolution des mœurs qui aurait favorisé l'émergence d'une situation où « la séparation des Églises et de l'État était généralement chose faite »<sup>23</sup>. Il estimait en effet que la séparation et la neutralité qui en découle seraient ainsi le produit « de l'expression [...] de la majorité des citoyens qui [...] composent [l'État] »<sup>24</sup>. Cependant, cette séparation serait menacée, raison pour laquelle elle devrait désormais être clairement réaffirmée par « l'adoption d'une législation qui posera la pierre d'assise du futur édifice social [...] Cette législation nécessaire [...] devrait porter le titre de "Loi établissant la laïcité de l'espace public". Elle devrait donc définir ce que sont la laïcité et l'espace public »<sup>25</sup>.

Cette conception de la régulation de la diversité religieuse s'inspire largement de l'argumentaire néo-républicain français<sup>26</sup> et

- 
21. Voir en ce sens Jocelyn MACLURE, « Le malaise relatif aux pratiques d'accommodement de la diversité religieuse : une thèse interprétative », (2008), dans Paul EID, Jean-Sébastien IMBEAULT, Marie MCANDREW et Micheline MILOT (dir.), *L'accommodement raisonnable et la diversité religieuse à l'école publique. Normes et pratiques*, Montréal, Fides, p. 215-242.
  22. On précisera que le texte servant ici de référence est le seul article scientifique fait par l'intéressé sur la question de la laïcité. On rappellera également que Paul Bégin, en tant que Procureur général de la province, avait porté en appel la décision du 17 mai 2002 de la Cour supérieure validant l'accommodement qui permettait à Gurbaj Singh Multani de porter son kirpan rituel sous réserve de certaines conditions à l'école qu'il fréquentait.
  23. P. BÉGIN, préc., note 3, p. 162.
  24. *Id.*
  25. *Id.*, p. 161.
  26. Des correspondances entre cette position et celle de certains auteurs français républicains - des positions qui s'articulent en partie autour d'une critique du multiculturalisme comme politique de gestion de la diversité - peuvent ainsi être dégagées. À cet égard, on ne sera donc pas surpris de lire, sous la plume de Régis Debray (préc., note 11, p. 29) que « la France, plus proche [...] du Québec que du Canada, ne peut sans

est porteuse d'une idée nationaliste de la laïcité. On soulignera d'ailleurs que la plupart des intellectuels qui la défendent s'inscrivent dans un discours regrettant un désinvestissement du politique au profit du pouvoir judiciaire en matière de régulation de la diversité, notamment religieuse. Pour Jacques Beauchemin, le pouvoir législatif perdrait ainsi de sa légitimité en tant qu'instance de décision, dépossédant ce faisant le politique de son principe démocratique<sup>27</sup>. Cette dépossession du politique procéderait d'une « judiciarisation renforcée par la constitutionnalisation des droits réalisée [en 1982] au moment du rapatriement de la Constitution »<sup>28</sup>. Le pouvoir judiciaire en serait renforcé dans sa compétence relative au traitement des revendications identitaires, ce qui mettrait en péril l'existence de la démocratie. Dans cette perspective relativement alarmiste, Gilles Bourque, Jules Duchastel et Éric Pineault considéraient ainsi que l'on était passé « d'une citoyenneté axée sur le législatif et fondée sur le principe de l'universalité du politique [à] une citoyenneté centrée sur le juridique et fondée sur le principe de la particularité d'un sujet moral ou social de nature corporative »<sup>29</sup>.

Comme l'a souligné Maryse Potvin, ces positions ont reçu un large écho dans la presse québécoise, dans le cadre de la récente controverse sur les accommodements raisonnables et « la Charte [a souvent été perçue] comme brimant les droits des uns (majoritaires) pour "privilégier" les autres (minoritaires) et non pas comme assurant la protection des droits (égalité) en tant que

---

doute se payer le luxe du multiculturalisme, plus accessible aux histoires courtes et aux larges espaces ».

27. Jacques BEAUCHEMIN, *La société des identités. Éthique et politique dans le monde contemporain*, Montréal, Athéna éditions, 2004, p. 180.; Jacques BEAUCHEMIN, « Défendre la société comme être-ensemble », 8 (2005) 1 *Arguments* 149.
28. Gilles BOURQUE et Jules DUCHASTEL, « Démocratie et communauté politique supranationale », (1997) 28 *Cahiers de recherche sociologique* 149.
29. Gilles BOURQUE, Jules DUCHASTEL et Éric PINEAULT, « L'incorporation de la citoyenneté », 31 (1999) 2 *Sociologie et sociétés* 53.

valeur centrale de l'identité collective »<sup>30</sup>. Dans cette perspective, la formalisation juridique de la laïcité est alors perçue comme une garantie de la séparation des Églises et de l'État. Et, selon les tenants de la conception nationaliste de la laïcité, elle s'avèrerait aujourd'hui d'autant plus nécessaire que l'identité de la société québécoise serait de plus en plus menacée, à la fois par l'immigration croissante et par la politique du multiculturalisme canadien<sup>31</sup>. Résolvant de nombreux problèmes à caractère identitaire, la formalisation de la séparation permettrait de créer un nouveau lien politique solide. Poursuivant des visées indéniablement assimilationnistes, les auteurs qui la défendent se proposent ainsi de suivre « le modèle français » de laïcité<sup>32</sup>, un modèle qui aurait prouvé son efficacité pour créer un lien politique réel et solide.

Cette façon de concevoir la nation et l'identité politique, que Daniel Weinstock qualifie de « républicaine »<sup>33</sup>, s'apparente, d'un point de vue idéal-typique, à « une vision ethnoculturelle » que Jean-Marc Larouche définit comme « une vision communautarienne de la communauté politique, où les normes de la vie sociale doivent se rattacher aux valeurs essentiellement définies par la majorité historique (communauté morale) »<sup>34</sup>. Ce dernier lui oppose une seconde figure idéal-typique, qu'il qualifie de « conception civique » et qui se rapproche d'une « vision libérale de la communauté politique, où les normes politiques sont déconnectées des valeurs, exceptions faites de celles qui prennent

- 
30. Geneviève AUDET, Maryse POTVIN et Marie MCANDREW, « Le discours d'opinion à l'égard du jugement sur le port du kirpan à l'école dans la presse québécoise », 2008, dans Paul EID, Jean-Sébastien IMBEAULT, Marie MCANDREW et Micheline MILOT (dir.), *L'accommodement raisonnable et la diversité religieuse à l'école publique. Normes et pratiques*, Montréal, Fides, p. 269.
31. P. BÉGIN, préc., note 3, p. 163.
32. Y. GEADAH, préc., note 3, p. 31.
33. Daniel WEINSTOCK, « Compromis, religion et démocratie », (2005) 13-3 *Bulletin d'histoire Politique* 41.
34. Jean-Marc LAROUCHE, *La religion dans les limites de la cité. Le défi religieux des sociétés postséculières*, Montréal, Liber, 2008, p. 88.

le statut de principes régulateurs » à l'instar des chartes précitées<sup>35</sup>.

Dans cette deuxième conception, défendue par des auteurs que l'on peut qualifier de « pluralistes » et qui réfutent l'idée que les demandes de reconnaissance puissent ébranler le projet politique moderne, le portrait de la nation « en tant que vecteur de mobilisation sociale et culturelle » n'est plus toujours opérant<sup>36</sup>. En effet, comme le précise Geneviève Nootens, « la démocratie n'est pas qu'une prise de décision » et si « le terme renvoie effectivement à un processus de prise de décision souvent identifié à la règle de la majorité [...] cependant, le principe fondamental qui guide la démocratie n'est pas la règle de la majorité mais bien l'égalité politique »<sup>37</sup>.

## **2) Une laïcité juridique qui ne porte pas son nom**

En contexte canadien, c'est le droit qui, dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, a favorisé le processus de laïcisation de l'État et de ses institutions. Et c'est le droit qui continue aujourd'hui de rendre effectifs les principes aux fondements de la laïcité. En effet, quand un État nomme la laïcité en inscrivant le principe même dans une norme juridique, il soutient son identification symbolique. Cependant, comme l'indique Alain Renaut, « la laïcité n'est pas par

---

35. *Id.*

36. Geneviève NOOTENS, « Démocratie, solidarité et mondialisation », (2007) 9-1 *Éthique publique* 80.

37. *Id.*, p. 81. On retrouve les deux optiques que nous venons de présenter dans la publication de deux manifestes relatifs à la laïcité au début de l'année 2010. Le courant que nous avons qualifié de « républicain » s'incarne dans Daniel BARIL et al., *Déclaration des intellectuels pour un Québec laïque et pluraliste*, 2010, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/societe/actualites-en-societe/285021/declaration-des-intellectuels-pour-la-laicite-pour-un-quebec-laïque-et-pluraliste>> (consulté le 5 juin 2013). Le courant pluraliste avait pris position dans Pierre BOSSET, Dominique LEYDET, Jocelyn MALURE, Micheline MILOT et Daniel WEINSTOCK, *Manifeste pour un Québec pluraliste*, 2010, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/societe/actualites-en-societe/282309/manifeste-pour-un-quebec-pluraliste>> (consulté le 5 juin 2013).

elle-même une politique »<sup>38</sup>. Elle est bien un aménagement du politique. Pour cette raison, l'action de fonder juridiquement la laïcité ne peut en garantir l'application réelle, et, *a contrario*, un État qui n'a pas officiellement proclamé la laïcité peut néanmoins en appliquer les principes constitutifs. Ces principes, que la conceptualisation théorique de la laïcité a permis d'identifier, correspondent à l'égalité morale des personnes, la liberté de conscience et de religion, la neutralité de l'État à l'égard des religions ainsi que la séparation des Églises et de l'État<sup>39</sup>.

Au Canada, la laïcité n'a jamais été consacrée dans un texte constitutionnel<sup>40</sup>, mais si le terme « laïcité » est inconnu du droit positif, les principes constitutifs de la laïcité émergent bien de celui-ci. Si l'on considère souvent que les finalités de la laïcité - les principes d'égalité et de liberté de conscience et de religion - bénéficient d'une effectivité réelle depuis leur inscription dans la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982, leurs fondements sont pourtant non seulement multiples, mais aussi souvent antérieurs à l'enchâssement de ces principes au plus haut niveau du droit positif<sup>41</sup>. Il en est de même pour le principe de séparation des Églises et de l'État qui émerge assez tôt dans l'histoire du Canada. Le principe de neutralité découle, pour sa part, de l'interprétation que les tribunaux ont faite des trois premiers

---

38. Alain RENAULT et Alain TOURAINE, *Un débat sur la laïcité*, Paris, Éditions Stock, 2005, p. 18.

39. Voir en ce sens Jocelyn MACLURE et Charles TAYLOR, *Secularism and Freedom of Conscience and Religion*, Cambridge, Harvard University Press, 2011; Jean BAUBEROT et Micheline MILOT, *Laïcités sans frontières*, coll. La couleur des idées, Paris, Éditions du Seuil, 2011.

40. C'est, à l'inverse, le cas de la France qui a consacré le principe dans les Constitutions de 1946 puis de 1958, sans pour autant jamais le définir.

41. La présidente du Tribunal des droits de la personne du Québec rappelle en effet que « l'histoire démontre [...] que des changements de perception ont été possibles grâce à une interprétation créatrice des lois ou même de la Constitution canadienne. Les juges ont souvent, au fil du temps, tenté d'arrimer le plus possible la réalité sociale du temps aux droits constitutionnels ou fondamentaux ». Voir Michèle RIVET, « Entre stabilité et fluidité : le juge, arbitre des valeurs », dans S.F.P.B.Q., *La charte des droits et libertés de la personne : Pour qui et jusqu'où*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 14.

principes mentionnés, comme l'ont montré les travaux de José Woehrling<sup>42</sup>. Ce sont ces éléments de laïcisation que je propose désormais d'exposer en montrant comment les principes aux fondements de la laïcité ont pu émerger très tôt dans le contexte juridique canadien.

C'est dans les premiers actes constitutionnels adoptés entre 1763 et 1791 au Canada que se retrouvent les principes d'égalité, de liberté de conscience et de religion et de séparation des Églises et de l'État. Le *Traité de Paris du 10 février 1763* accorde ainsi la liberté de religion aux sujets catholiques canadiens, son article 4 stipulant que (en vieux français) :

Sa Majesté Britannique convient d'accorder aux Habitans du Canada la Liberté de la Religion Catholique; En Consequence Elle donnera les Ordres les plus precis & les plus effectifs, pour que ses nouveaux Sujets Catholiques Romains puissent professer le Culte de leur Religion selon le Rit de l'Eglise Romaine, en tant que le permettent les Loix de la Grande Bretagne<sup>43</sup>.

L'*Acte de Québec du 22 juin 1774*, qui aura pour effet de maintenir la loyauté à la Couronne des Canadiens catholiques à une époque où les colonies du sud tendent à s'émanciper, réaffirme ensuite la liberté de religion<sup>44</sup>. Dans cette optique, son article V dispose que (en vieux français) :

- 
42. Voir notamment José WOEHLING, « Neutralité de l'État et accommodements : convergence ou divergence? », (2007) 28-8 *Options politiques* 20; José WOEHLING, « Les fondements et les limites de l'accommodement raisonnable en milieu scolaire », dans Marie McANDREW, Micheline MILOT, Jean-Sébastien IMBEAULT et Paul EID (dir.), *L'accommodement raisonnable et la diversité religieuse à l'école publique. Normes et pratiques*, Montréal, Fides, 2008, p. 43.
43. *Traité de Paris du 10 février 1763*, en ligne : <[http://www.tlfq.ulaval.ca/AXL/amnord/cndtraite\\_Paris\\_1763.htm](http://www.tlfq.ulaval.ca/AXL/amnord/cndtraite_Paris_1763.htm)> (consulté le 5 juin 2013).
44. Micheline MILOT, *Laïcité dans le nouveau monde : le cas du Québec*, coll. Bibliothèque de l'École pratique des Hautes Études / Sorbonne, Turnhout, Brepols, 2002, p. 47.

Les habitants de Québec peuvent professer la Religion Romaine, soumise à la suprématie du Roi (...) et le clergé jouira de ses droits accoutumés (...) les sujets de sa Majesté professant la Religion de l'Église de Rome dans ladite province de Québec peuvent avoir, conserver et jouir du libre exercice de la Religion de l'Église de Rome, soumise à la Suprématie du Roi, déclarée et établie par un acte fait dans la première année du règne de la Reine Elizabeth (...); et que le Clergé de la dite Église peut tenir, recevoir et jouir de ses dus et droits accoutumés, eu égard seulement aux personnes qui professeront la dite Religion<sup>45</sup>.

Si l'*Acte constitutionnel de 1791* renvoie expressément à l'*Acte de Québec de 1774* pour réaffirmer la liberté de religion des catholiques et confirmer les droits du clergé à percevoir la dîme auprès de ses ouailles, ce texte innove néanmoins en amorçant la séparation des Églises et de l'État. Sans revenir sur la liberté des cultes, il limite pourtant l'exercice de certains droits civils des membres des clergés aussi bien catholiques qu'anglicans et amorce ainsi la séparation entre les fonctions politiques et religieuses<sup>46</sup>. L'article XXI de cet Acte dispose ainsi que (en vieux français) :

Pourvu toujours et il est de plus statué par la dite autorité, qu'aucune personne ne pourra être élue comme membre pour servir dans l'une ou l'autre des dites Assemblées, ni y siéger ni y voter, qui sera membre de l'une ou l'autre des dits Conseils Législatifs qui seront établis comme ci-dessus, dans les dites deux provinces, ou qui sera ministre de l'Église Anglicane, ou Ministre, Prêtre, Ecclésiastique, ou Précepteur, soit suivant les rites de l'Église Romaine, ou sous aucun autre forme ou profession de foi ou de culte religieux<sup>47</sup>.

On retrouve ensuite l'inscription du principe d'égalité dans le droit avec l'adoption par la Chambre d'assemblée du Bas-

45. *Acte de Québec 1774*, 14 Geo. III, c. 83 (R.-U.).

46. M. MILOT, préc., note 44, p. 49-50.

47. *Acte constitutionnel de 1791*, 14 Geo. III, c. 83 (R.-U.).



Canada d'une loi de 1832 reconnaissant aux juifs les mêmes droits qu'aux autres citoyens. Au niveau du Canada, la promulgation d'une loi de 1834 énonce l'égalité de tous les cultes en étendant la protection qui était déjà accordée aux catholiques à toutes les confessions religieuses.

L'établissement de la Confédération est marqué par l'adoption de la *Loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> juillet 1867*. Ce texte constitutionnel prévoyait certains partages de compétences mettant à contribution les minorités catholiques et protestantes dans le domaine de l'administration scolaire. Son article 93-2 disposait en effet que :

Tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés et imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'union, aux écoles séparées et aux syndics d'écoles des sujets catholiques romains de Sa Majesté, seront et sont par la présente étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec<sup>48</sup>.

Cette disposition, qui ne devait avoir qu'une portée limitée, a pourtant été interprétée largement par les instances religieuses catholiques et protestantes. L'aménagement confessionnel des écoles publiques s'écarterait indéniablement d'une position de neutralité confessionnelle de l'État, la norme juridique (article 93-2 de la Constitution) ayant pour effet direct de concéder un droit aux seuls Catholiques et Protestants. Cette posture de l'État n'a été questionnée pour la première fois qu'en 1963 dans le cadre des travaux de la Commission Parent<sup>49</sup>. Toutefois, alors même que l'éducation redevenait une compétence de l'État avec l'adoption du *Bill 60*<sup>50</sup>, l'Église a conservé de nombreuses prérogatives dans ce champ spécifique.

---

48 . *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 93 (2), en ligne : [http://laws.justice.gc.ca/fra/const/3.html#anchorbo-ga:s\\_91-gb:s\\_93](http://laws.justice.gc.ca/fra/const/3.html#anchorbo-ga:s_91-gb:s_93).

49. Stéphanie TREMBLAY, « Religion et éducation scolaire au Québec : une cartographie des enjeux politiques et sociologiques », (2009) 9-1 *Diversité urbaine* 60.

50. *Id.*

Ce n'est qu'à partir des années 1990, c'est-à-dire après l'adoption de la *Charte québécoise en 1975* et de l'*Énoncé de politique en matière d'immigration et d'intégration en 1991*, que cette organisation confessionnelle de l'éducation est apparue véritablement contradictoire avec la neutralité de l'État. Elle s'avérait en effet discriminatoire au regard des droits garantis dans la charte<sup>51</sup>, se plaçant en porte-à-faux avec les choix politiques de sociétés opérées au Québec<sup>52</sup>... ces constats ayant amené au processus de laïcisation du système scolaire récemment achevé avec la mise en place du cours d'éthique et de culture religieuse.

Pour revenir à la *Loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> juillet 1867*, et outre les dispositions de son article 93-2 que je viens d'évoquer, on notera que le texte reste globalement muet sur la question religieuse. Il en est de même pour la *Loi constitutionnelle du 28 juin 1871 sur l'Amérique du Nord britannique*. En remontant désormais vers la période contemporaine, on notera d'ailleurs que c'est bien en se fondant sur la tradition constitutionnelle du Canada que plusieurs décisions de la Cour suprême ont affirmé, dans les années 1950, que la liberté de religion était une liberté constitutionnelle<sup>53</sup>. Énoncée en tant que telle dans une décision *Boucher c. La Reine* de 1951<sup>54</sup>, la liberté de religion est à nouveau affirmée dans la décision *Saumur c. Ville de Québec*<sup>55</sup> de 1953 qui affirme que :

---

51. Micheline MILOT et Mireille ESTIVALÈZES, « La prise en compte de la diversité religieuse dans l'enseignement scolaire en France et au Québec », (2008), vol. 36, no 1 *Éducation et francophonie* 94.

52. S. TREMBLAY, préc., note 49, p. 61.

53. François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel : Notes et jurisprudence*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 1405-1406. Selon les constitutionnalistes Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, cette thèse serait pourtant difficilement défendable. Voir Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 638.

54. *Boucher c. La Reine*, [1951] R.C.S. 265.

55. *Saumur c. Ville de Québec*, [1953] 2.R.C.S. 299.

[...] depuis 1760 et jusqu'à nos jours, la liberté de religion a été reconnue, dans notre régime juridique, comme un principe fondamental. Bien que nous n'ayons rien qui ressemble à une Église d'État, il est hors de doute que la possibilité d'affirmer sans contrainte sa croyance religieuse et de la propager, à titre personnel ou grâce à des institutions, demeure, du point de vue constitutionnel, de la plus grande importance pour tout le Dominion<sup>56</sup>.

Le principe est réaffirmé dans une décision *Chaput v. Romain* du 15 novembre 1955<sup>57</sup> où la Cour précise que cette liberté ne saurait avoir de consistance dans un régime où l'État reconnaîtrait officiellement une religion. Elle renvoie ainsi également aux principes de neutralité et de séparation des Églises et de l'État en affirmant que :

*[D]ans notre pays, il n'existe pas de religion d'État [je souligne]. Personne n'est tenu d'adhérer à une croyance quelconque [...] La conscience de chacun est une affaire personnelle, et l'affaire de nul autre. Il serait désolant de penser qu'une majorité puisse imposer ses vues religieuses à une minorité. Ce serait une erreur fâcheuse de croire qu'on sert son pays ou sa religion, en refusant dans une province, à une minorité, les mêmes droits que l'on revendique soi-même avec raison, dans une autre province [...] l'opinion d'une minorité a droit au même respect que celle de la majorité.*

Malgré l'affirmation jurisprudentielle de l'absence de religion d'État, un principe qui découlait déjà implicitement de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la rédaction du premier article de la *Loi constitutionnelle de 1982* par laquelle a été opéré le rapatriement de la Constitution au Canada peut surprendre. Celui-ci dispose en effet que « le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté

---

56. *Id.*

57. Dans cette affaire, la Cour était amenée à se prononcer sur la légalité de l'arrestation de Témoins de Jéhovah qui célébraient leur culte à leur domicile, voir *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834.

du droit »<sup>58</sup>. En 1992, la Cour fédérale du Canada a interprété cette formule comme empêchant le Canada d'être un État athée mais ne l'empêchant pas, à l'inverse, d'être un État laïque<sup>59</sup>. Si Pierre Bosset a considéré qu'en raison de cette disposition le droit constitutionnel canadien n'est pas véritablement clair, ne proposant pas, comme dans le cas français, un modèle de séparation officielle des Églises et de l'État<sup>60</sup>, cette séparation procède pourtant de l'interprétation jurisprudentielle que la Cour suprême fait de la liberté de religion. Dans une décision *R c. Big M Drug Mart* de 1985, la Cour a d'ailleurs précisé qu'« une majorité religieuse, ou l'État à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue »<sup>61</sup>.

## Conclusion

C'est donc très tôt au Canada qu'émergent les principes aux fondements de la laïcité. Les finalités profondes que poursuit la laïcité, c'est-à-dire l'égalité et la liberté de conscience et de religion, se trouvent affirmées dans les premiers traités fondateurs du Canada avant d'être inscrites dans la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982. La séparation des Églises et de l'État ainsi que la neutralité de l'État à l'égard des confessions émergent, quant à elles, de l'interprétation que les tribunaux ont faite de ces deux premiers principes au regard de leur inscription dans la Charte, comme c'est expressément le cas dans la décision *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c.*

---

58. *Loi constitutionnelle de 1982* (R.-U.), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, en ligne : <<http://www.canlii.org/fr/ca/const/const1982.html>> (consulté le 17 juin 2013).

59. *O'Sullivan c. M.R.N.*, [1992] 1 C.F. 522. Voir BRUN, TREMBLAY et BROUILLET, préc., note 53, p. 950.

60. Pierre BOSSET, *Les symboles et rituels religieux dans les institutions publiques*, 1999, p. 3, en ligne : <<http://www.cdpdj.qc.ca/fr/publications/docs/religieux.pdf>>.

61. *R c. Big M Drug Mart*, [1985] 1. R.C.S. 295, 397.

*Village de Lafontaine* du 30 juin 2004<sup>62</sup>, mais aussi de l'histoire constitutionnelle du Canada, comme l'ont rappelé les juges dans la décision *Bruker c. Marcovitz*, du 14 décembre 2007<sup>63</sup> :

Malgré les fondements religieux du droit romain et du droit civil français dont est issu le droit civil québécois, que l'État québécois soit neutre du point de vue religieux ne devrait faire, aujourd'hui, aucun doute. Une première césure s'est opérée lors de la *Proclamation Royale* de 1763. L'ouverture au monde faite au XX<sup>e</sup> siècle et la prise en charge par l'État des institutions contrôlées par les communautés religieuses au début des années 60 lors de la Révolution tranquille marquent un autre pas. Une césure plus complète est survenue avec l'adoption, par le Canada, de la politique du multiculturalisme.

La laïcité n'est pas un déterminant théorique, mais correspond à un processus dynamique de régulation de la diversité religieuse que l'on peut retracer en contexte canadien et québécois. Le sens et la forme qu'elle prend dans la société évoluent ainsi, selon l'interprétation que les gouvernants politiques font de ses principes constitutifs, ainsi que des modalités par lesquelles les juridictions les intègrent dans leurs normes de contrôle. Toutefois, il s'avère souvent difficile pour l'État d'harmoniser ces principes constitutifs de la laïcité, et de trouver un compromis pour aboutir à un agencement parfait entre ces idéaux, cela justement parce que ces principes sont *aussi* des idéaux. Les interprétations qui en sont faites divergent ainsi selon le temps et la société étudiés car le contenu sémantique qui leur est conféré est toujours teinté par la hiérarchie des valeurs qui prévaut à un moment donné dans une société. L'État laïque doit alors procéder à des arbitrages dans la détermination du poids qu'il importe de leur accorder dans le traitement d'un fait social. Ces arbitrages sont rarement dictés par le législateur lui-même. Celui-ci est d'ailleurs muet au Québec et au Canada. Les aménagements laïques sont dès lors le fruit d'un travail qui peut

---

62. *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650.

63. *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607.

certainement se faire en amont de la production législative, c'est-à-dire dans les rapports publics et les débats parlementaires, mais qui prend également corps en aval de la règle de droit en fonction de l'interprétation qu'en donnent ceux qui sont chargés de l'exécuter. Premièrement, il s'agit du travail qu'effectuent les juridictions qui disent le droit à son plus bas niveau. Deuxièmement, il s'agit du travail des institutions publiques et des collectivités locales qui mettent en œuvre la règle de droit et donnent consistance aux principes laïques à l'échelon local. C'est à ces deux niveaux que l'on peut déceler les influences du discours sur les aménagements juridiques de la laïcité.

Si le discours nationaliste sur la laïcité, ou « laïcité narrative » de type nationaliste, n'a pas de valeur en droit positif, il n'est pas pour autant dénué de poids normatif, cela parce qu'il peut être porté par un contexte sociopolitique qui lui est favorable. Ce discours, qui se veut porteur de valeurs nationales et n'envisage la laïcité que dans ses dimensions séparatistes et/ou anticléricales<sup>64</sup>, oublie de prendre en compte la multitude d'éléments informels de laïcisation et les nombreuses modalités plus pragmatiques de régulation du pluralisme religieux. Il importe, pour cette raison, de dépasser les représentations dominantes et il est de la responsabilité de nos gouvernants politiques de ne pas céder à la tentation d'inscrire dans le droit positif un discours qui dénie aux principes de justice leur poids et leur légitimité dans la régulation de la diversité religieuse. Le danger du « passage de ces récits de l'implicite à l'explicite » et donc d'une consolidation de la « laïcité narrative » par le juridique est en effet celui d'une « laïcité durcie, produit [justement de ce] récit capable de plier le droit à un projet de clôture sociétale face aux périls du pluralisme »<sup>65</sup>.

---

64. Sur les conceptions séparatistes et anticléricales de la laïcité, voir les développements proposés par J. BAUBEROT et M. MILOT, préc., note 39.

65. A. FERRARI, préc., note 2.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** DROIT ET/OU RELIGION : QUELS CHOIX POUR UN ÉTAT?

**Auteur(s) :** Bernard DURAND

**Revue :** RDUS, 2013, numéro Hors série

**Pages :** 205-225

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10252>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10252>

*Page vide laissée intentionnellement.*



## ARTICLE

---

### DROIT ET/OU RELIGION : QUELS CHOIX POUR UN ÉTAT?

par Bernard DURAND\*

*En jouant sur les mots utilisés pour décrire en droit patrimonial les différents régimes de mariage (communauté ou séparation), cette approche des relations entre Droit, Morale et Religion, cherche à analyser les conséquences sur le droit selon qu'il se trouve « contraint » par la religion ou la morale. Sa nature en est bouleversée lorsque la religion le soumet tandis que la séparation absolue l'oblige à des relations tendues avec les Églises. Le tracé de « frontières » plus souples, appuyées sur des relations moins tranchées, est un enjeu majeur pour des sociétés démocratiques attachées aux valeurs d'ordre et de liberté.*

---

*By manipulating concepts used to describe various matrimonial regimes such as « community property », « separation as to property », the writer examines the relationship between Law, Morality and Religion. He analyses the impact that religious or moral principles may have upon the law. He feels that the essence of the law is disturbed when religion is imposed upon it whereas a definitive separation between law and religion merely leads an uneasy coexistence. The establishment of more flexible boundaries based upon the resiliency of this relationship remains a major challenge for democratic societies committed to ideals of order and freedom.*

---

\* . Professeur à la Faculté de droit de l'Université Montpellier I.

**SOMMAIRE**

<b>I.</b>	<b>Le droit se soumet à la religion et accepte le régime de « communauté universelle » .....</b>	<b>208</b>
<b>II.</b>	<b>Le droit se cherche d'autres références et découvre le régime de séparation.....</b>	<b>217</b>
<b>III.</b>	<b>Le droit se construit sur d'autres rapports et découvre le régime de communauté « réduite ».....</b>	<b>219</b>

On pardonnera au conférencier une tentation, celle d'avoir songé à un sous-titre dont l'originalité, par bien des traits, pouvait le révéler aussi réducteur que provocateur : « Des États, entre régime de communauté universelle et régime de séparation des patrimoines ». Réducteur parce qu'il renvoie à des notions juridiques qui sont fort précises et que l'évocation du régime matrimonial pour aborder les rapports entre droit et religion semble réduire la question à des problèmes de patrimoine alors que les enjeux des liens entre droit et religion les débordent largement, sans d'ailleurs nécessairement les écarter. Provocateur, parce que si les rapports entre droit et religion peuvent être vus sous des angles différents, soit bien sûr que l'on regarde le droit du point de vue de la religion, soit que l'on regarde la religion du point de vue du droit, ce sous-titre montre à l'évidence que c'est ce dernier regard ici que nous privilégierons. Que l'on examine successivement le droit comme technique, comme art et comme science, les leçons à tirer du rapport seront vues ici sous l'angle du droit et à la manière dont il « reçoit » la religion, entendue ici aussi bien dans sa dimension très générale de présence du Sacré dans la société que de religion « institutionnalisée », construite en « église » ou « en communauté ». Aussi bien user des termes du droit pour évoquer les « intérêts » de la religion, en tant qu'elle peut ambitionner de tout régenter, y compris le droit, ou les « intérêts » du droit, en tant qu'il peut vouloir à son égard sa totale indépendance, permet dans le temps court qui nous est imparti de procéder par grands essarts de surface en même temps que l'on peut occasionnellement avoir recours à quelques « forages ».

Or, la manière dont le droit organise, dans le mariage, les intérêts patrimoniaux des époux peut aider à dessiner les choix auxquels sont confrontés les sociétés – dans lesquelles droit et religion cohabitent nécessairement – pour construire les rapports entre eux. En effet, l'emprunt aux régimes matrimoniaux permet de construire deux modèles diamétralement opposés. D'une part, un régime dans lequel il y a séparation absolue – nous sommes alors en « séparation des patrimoines » –, d'autre part, un système de « communauté universelle » par lequel les époux mettent tout en commun. Mais ces deux « modèles », rigides comme il se doit,

sont dans la réalité la cible de « nuances ». D'une part, bien sûr, parce que le régime patrimonial entre époux doit tenir compte de leurs rapports personnels, rapports qui en adoucissent souvent les traits; d'autre part, les époux peuvent choisir des systèmes intermédiaires – communauté réduite aux acquêts, séparation de biens – qui en corrigent les excès en tolérant des collaborations patrimoniales; et enfin, il n'est pas de régime qui ne puisse évoluer, les époux pouvant décider de conduire leurs intérêts vers d'autres chemins, soit dans le sens d'une séparation accrue, soit en allant vers un rapprochement.

On aura compris que notre propos – le temps nous l'impose – restera au stade de défrichements et visera à montrer que l'omniprésence de la religion dans les civilisations conduit le droit à se situer par rapport à elle, soit que la religion commande et instaure un régime de « communauté » à un droit qui se soumet au point de se fondre en elle (I), soit que le droit, se dégageant progressivement mais complètement, cherche d'autres références et impose le « régime de séparation » (II), soit que le droit se construise différemment et découvre les charmes d'un régime à mi-chemin entre « communauté réduite » et « séparation de biens » (III).

#### **I. Le droit se soumet à la religion et accepte le régime de « communauté universelle »**

On sait que la « confusion » entre droit et religion et l'idée de faire prévaloir dans le droit les règles de conduite dictées par la religion est immémoriale. Elle est d'ailleurs la plus naturelle pour un vrai croyant et le vocabulaire lui-même illustre parfaitement cette origine, y compris dans les sociétés ayant fait le choix de la séparation. Même le mot latin *jus*, qui désigne le juridique, renvoie à une vieille racine exprimant « l'élévation vers les divinités, l'invocation de la grâce divine » et l'expression *jus feci* signifiait tout simplement le fait d'accomplir les rituels. Les modèles ici restent toujours vivaces et pour les Juifs comme pour les Musulmans le droit a été donné par Dieu. Le Coran (littéralement « récitation »), aurait été dicté au prophète Mahomet par l'archange

Gabriel (Jibril) au nom d'Allah, mais si le « Livre » est sacré, il n'est nullement un Code.

La première conséquence, c'est que, en forçant le trait, le droit musulman n'existe pas (Bousquet)! Du moins, au sens traditionnel du mot; c'est, en effet, une « déontologie » (c'est-à-dire une doctrine des devoirs de l'homme) rassemblant les prescriptions qui, selon la volonté de Dieu, doivent régir l'homme dans sa vie religieuse, morale et politique. Mais il reste bien sûr que le *fiqh* fournit aux peuples musulmans l'essentiel de leurs institutions juridiques positives. Et des règles sanctionnées qui, pour être un mélange de religion, de morale et de droit, n'en perdent pas pour autant ce premier caractère : le droit musulman « existe » donc (Colomer) et les « modernistes » tentent de toutes leurs forces de le dégager de la religion, voire de proclamer que l'islam est habitée par la « laïcité ».

Il reste que de cette étroite relation découle tout un ensemble de traits qui accusent une « communauté universelle », difficile à remettre en cause et qui imprime au contenu des règles une dimension correspondant à une société figée.

L'un des tous premiers est le refus de l'histoire et donc d'un droit, phénomène historique. Certes, il est évident que pendant le premier siècle de l'Islam, les Arabes ont largement emprunté aux institutions, aux règles et aux méthodes de raisonnement des populations conquises, emprunts qui ont fait progresser l'idée d'une science juridique propre à l'Islam. Évident aussi que l'élaboration du droit s'est faite par tâtonnements et sous l'effet du « raisonnement personnel ». Mais les premières exigences des « théologiens » vinrent contredire les pratiques des premières écoles juridiques, davantage préoccupées, quant à elles, de rechercher des solutions concrètes à des questions que la seule lecture du Coran (seuls quelque 500 versets sur plus de six mille pouvaient être utiles à des solutions de droit) ne permettait pas de résoudre.

Dans ce mouvement complexe, on retiendra que les injonctions très claires contenues dans le livre sacré (par exemple en matière de successions) et le désir de rattacher les solutions à l'autorité du Prophète en invoquant, pour s'en inspirer, ses faits et gestes, finirent par peser sur l'évolution du droit, les théologiens faisant valoir que les écoles de droit ne pouvaient s'abstraire de l'obligation de respecter les normes coraniques et de développer un droit en dehors de l'idéal religieux. La pression des « traditionnistes » fut telle que la science du droit ne put se passer de l'autorité de traditions qu'il fallait à chaque fois invoquer à l'appui de chaque règle juridique, faisant ainsi du raisonnement une source secondaire du droit. Non pas inutile, mais lié aux sources révélées, le raisonnement n'était plus que le moyen de saisir la volonté de Dieu à travers les sources révélées. La toute-puissance de la religion et de la référence à Dieu produit ce résultat que toute situation nouvelle est nécessairement rapportée à la loi et à son moule. On le voit dans la constitution d'une « science des racines » (les *ouçouls*), c'est-à-dire des sources du droit, reconstruite après coup et enseignée selon une rationalité qui refuse le déroulement de l'histoire. Les sources révélées que sont le Coran (dont l'autorité est indiscutable, mais pour lequel il a fallu concilier certains versets) et la Sunna (c'est-à-dire la tradition, essentiellement celle du prophète, recueillie sous la forme de petits récits, les *hadith*, retraçant les faits et gestes du prophète et de ses compagnons, mais en nombre tel que la critique historique n'en reconnaît que fort peu) constituent la *Sharia*, c'est-à-dire la loi divine. Mais il a fallu que sur cette base, les juristes bâtissent un ensemble cohérent donnant forme à la loi islamique et constituent à proprement parler le droit musulman, le *fiqh*. Ils l'ont fait, en théorie, en se limitant à l'utilisation de sources « dérivées », telles que « le consentement unanime de la communauté », l'*idjma*, véritable grâce reconnue à la communauté musulmane (qui permet de donner réponse à un cas non traité par le Coran ou la *Sunna*, et justifiée par les sources sacrées elles-mêmes) ou encore le *kïyas*, possibilité d'appliquer une règle posée par un texte à un cas non compris dans ses termes, mais commandé par la même raison (raisonnement par analogie, mais

fondé sur les analogies utilisées par le Prophète lui-même ou sur ses conseils à ceux qui ont du jugement de « prendre exemple »).

On le voit, des sources étroitement liées aux précédentes, déduites en quelque sorte, qui laissent peu de champ au raisonnement et surtout qui, s'imposant *a posteriori* aux écoles de droit (contraintes d'en respecter les principes et d'en reconnaître l'autorité), sont en contradiction avec les réalités historiques qui montrent que le droit a été élaboré en empruntant des chemins un peu différents, que certaines écoles n'ont pas hésité à faire appel à des procédés plus « humains » et subjectifs comme l'équité, l'analogie « occulte », l'intérêt général ou « sociologiques » comme la coutume ou la jurisprudence ou tout simplement les décisions arrêtées par certains califes.

Cette filiation, en même temps que le refus proclamé de toute influence antérieure à l'époque islamique, dénoncée comme « temps de l'erreur », les injonctions faites à tout musulman, s'il veut mériter le paradis, de remplir strictement les obligations qui pèsent sur lui comme croyant, homme et membre de la *umma*, l'imbrication très forte, dans une société très religieuse et qui ignorait encore l'État, entre ce qui relevait de Dieu et ce qui relevait de « César », les circonstances historiques qui ont fait que, malgré des résistances non négligeables, ce sont les « théologiens » qui ont fini par l'emporter sur ceux qui prônaient des conceptions plus « laïques », tout un ensemble a porté le droit musulman vers des conceptions qui ont privilégié l'idée d'un Coran incréé, anhistorique, existant de toute éternité et, pour cette raison, niant le libre arbitre d'un droit pour lequel la raison humaine n'est acceptée que pour déceler la volonté de Dieu. Pour dire les choses simplement, le droit musulman est le type parfait d'un droit « idéal », idéologiquement construit dans ses sources et dans sa nature en relation intime avec la religion, idéal que contredisent les données de l'histoire et les contestations en provenance des « modernistes ».

Cette dimension psychotique, qui emprisonne la science juridique et qui veut que le texte coranique ayant été révélé par

Dieu, il est « hors de discussion », entraîne le refus de la critique, la toute-puissance de la lettre du texte sur son esprit, le refus de répondre aux situations nouvelles par une réouverture du raisonnement, la pauvreté des approches sociologiques et celle du vocabulaire, à cheval sur le droit, la morale et la religion. En particulier, cette dimension « idéale », par les sources, a été renforcée par le fait que, constitué un siècle après la révélation et dans une société traversée de contestations aussi nombreuses que violentes, le droit musulman s'est trouvé conforté par la « fermeture de la porte de la réflexion ». Sans qu'aucune injonction émanant d'une autorité quelconque puisse être invoquée, fut proclamée l'interdiction faite à quiconque de rouvrir les sources sacrées et de proposer de nouvelles interprétations en dehors des opinions émises par une des quatre écoles reconnues. On désigna cette interdiction par le mot de *taqlid*, « le fait d'accepter l'opinion d'autrui – ici des prédécesseurs – sans en discuter le fondement », conséquence de cette fermeture de la porte du raisonnement indépendant (*ijtihad*). Dans l'immédiat, cette décision contribua à décider de l'uniformité, au moins de façade, et de l'obligation pour un musulman de se ranger sous l'autorité d'une école, quitte à emprunter, si nécessaire, une règle appartenant à une des autres écoles. Mais, dans le même temps, cette obligation de se glisser dans les opinions des prédécesseurs a imprimé au droit musulman une dimension exégétique responsable, en partie, d'une certaine sclérose et d'une rigidité qui le rend peu apte à s'adapter au monde moderne, malgré les correctifs « pratiques » que l'histoire a pu apporter modestement : application du *taqlid* non immédiate, docteurs indépendants, inspirations coutumières ou jurisprudentielles, décisions des souverains. D'où les contestations des modernistes remettant en cause cette vision trop « religieuse » du droit musulman et défendant l'idée d'un droit « laïque ».

Il est clair que le droit, en s'emprisonnant dans une pensée unique, subit un appauvrissement corrélatif, toute tentative de s'éloigner du dogme pouvant être dénoncée comme hérétique, comme sera voué à la mort l'apostat. On est donc dans un système « totalitaire », au sens que lui donne Hannah Arendt,



c'est-à-dire un état de fusion où le droit lui-même cesse d'exister pour s'absorber dans la religion. Le souci de fixer les situations sociales par un *fiqh* que construisent les juristes obéit à la volonté d'aider à la croissance de la religion et de la *umma* qui la porte et de combiner les règles de façon à éviter tout appauvrissement de l'élan religieux. C'est ainsi qu'il faut constater que le texte sacré s'est essentiellement intéressé à figer le droit de la famille et le droit successoral, négligeant en outre les pans du droit indifférents à la religion ou qui lui étaient secondaires : ainsi, par exemple, de l'interdiction faite à une musulmane d'épouser un chrétien et non à un musulman de le faire, de tolérer le droit de *djabr* coutumier, qui favorise le rôle du père, de construire les aspects patrimoniaux du mariage en privilégiant une séparation stricte des patrimoines, de penser un droit successoral entièrement bâti autour de quelques versets du Coran, etc.

Il est difficile de traduire en quelques lignes l'ensemble des règles instaurées par le Prophète et développées ensuite par le *fiqh*. Toutefois, il est évident que le droit de la famille (parce que les réformes introduites par le Prophète visaient à remplacer l'élément social de base qu'était la tribu par l'élément plus restreint de la cellule familiale) et le droit des successions (qui amplifie le droit familial par des données scripturaires détaillées) constituent les deux pôles majeurs dont la connaissance est utile non seulement à la compréhension de l'esprit du droit musulman, mais tout autant à celle des enjeux qu'ils révèlent. Il faut dire avec force que changer les règles dans le domaine du droit des successions aboutirait à déstabiliser complètement l'esprit du droit musulman lui-même et aurait des conséquences incalculables sur le droit de la famille et des biens et l'on comprend pourquoi, dans les pays africains qui ont débattu de la codification de cette partie du droit, les débats (les conflits?) ont été particulièrement violents, la parole de Dieu défendue étant l'arme absolue contre les changements suggérés, une parole créatrice d'une situation volontairement figée... et respectée.

Le droit familial illustre au mieux le souci d'appréhension des enfants et des femmes, maintenus les uns comme les autres

sous l'autorité du père et du mari. Le droit musulman fait reposer la famille sur cette cellule qui regroupe les parents et les enfants, soumise à l'autorité paternelle et trouvant naissance dans l'institution du mariage. Droit illimité en Arabie préislamique, limité par le Coran, qui a vivement réagi contre la pratique d'enterrer les filles nouveau-nées vivantes (XLII, 48 et 49; XVI, 59 et 61) et refusé le droit de vie et de mort (VI, 140 et 151; XVII, 33), la puissance paternelle n'en reste pas moins considérable. C'est au père qu'appartient le droit de choisir l'éducation des enfants, de leur commander en toutes choses, de les corriger, de les contraindre au mariage (droit de *djabr* qui est combiné malhabilement avec l'exigence du consentement des époux au mariage), d'exercer une tutelle (*hadjr*) sur leur fortune jusqu'à ce qu'il en décide autrement, la mère ne disposant que de la *hadhana*, qui est proprement le droit de donner des soins aux enfants et de veiller à ce que le père remplisse tous ses devoirs à leur égard.

Bien que non considéré comme un sacrement, le mariage (*nikâh*) a une dimension religieuse essentielle, étant un des seuls moyens (outre les relations d'un homme avec une femme qui est son esclave) admis par l'islam de relations sexuelles entre un homme et une femme, toute entorse étant réprimée comme fornication tombant sous le coup du péché de *zinâ*. Cette interdiction du « désordre charnel » (que l'on retrouve dans le refus de reconnaître un enfant naturel) débouche sur une qualification juridique inhabituelle pour un juriste de droit français qui veut que le mariage peut aussi bien être « obligatoire » que « recommandé » ou simplement « licite », selon la conduite qu'un musulman se sent capable de tenir à l'égard des prescriptions divines en ce domaine.

Rien d'étonnant alors que le droit du mariage, dans les relations entre les époux, impose tout un ensemble de mécanismes, patrimoniaux ou non, qui sont liés entre eux et qu'on ne peut séparer si l'on veut comprendre la place faite à la femme. Et même si la prédication du prophète a cherché à valoriser la place de la femme et à lui reconnaître des droits bien

supérieurs à ceux que la société préislamique lui reconnaissait, l'inégalité est-elle la règle. Le mari voit peser sur lui tout un ensemble de charges ou de droits qui, dans la cellule familiale, font de lui le responsable de la vie matérielle du groupe ou attestent de sa supériorité : il dote la femme (dot dont le régime juridique varie selon les écoles, mais qui est le symbole dans le Coran de l'autorité qu'ont les hommes sur les femmes : « les hommes ont autorité sur les femmes en vertu de la préférence que Dieu leur a accordée sur elles et à cause des dépenses qu'ils font pour assurer leur entretien », IV, 38), il doit respecter l'égalité entre ses épouses lorsqu'il est polygame (il a droit à quatre femmes), à lui seul incombe les charges financières du ménage, qu'il s'agisse de l'entretien de la femme (logement, nourriture vêtement), de celui des enfants (entretien et éducation), alors même que l'épouse, maîtresse de ses biens, peut exiger un dédommagement dès que ses propres charges dépassent ce qui est exigé par la Loi (elle ne doit que les soins aux enfants, l'allaitement et les charges domestiques). C'est que le droit musulman ne considère pas qu'il y a association entre les époux et sanctionne un régime matrimonial fondé sur la séparation des patrimoines : l'épouse (parce qu'existe la polygamie et parce que le lien matrimonial est facilement rompu) est entièrement maîtresse de ses biens (à une exception près dans le rite malékite) sans que le mari puisse exiger d'elle qu'elle en use pour le bien commun. En revanche, le devoir d'obéissance de la femme donne au mari le droit de l'admonester, de la « laisser seule dans son lit » ou de la battre (IV, 34), modérément, plaident les juristes qui entretiennent l'image d'une épouse « mineure » sur bien d'autres points. Cette supériorité du mari se retrouve dans les mécanismes de rupture du lien matrimonial, le mari disposant seul du droit de répudier (ainsi que d'autres moyens tels que les « serments »), même s'il est vrai de dire que bien des mécanismes viennent tamiser en ce domaine une supériorité pas toujours facile à exercer.

Les femmes étant destinées au mariage et à passer de l'autorité paternelle à l'autorité maritale, entièrement entretenues par le mari, pourquoi donner aux filles une part successorale égale aux garçons qui, eux, devront assumer les charges de leur

mariage? C'est donc en droit successoral que les injonctions du prophète éclairent le mieux les orientations nouvelles qu'il a voulu imprimer à la société et les équilibres qu'il a été obligé de respecter. Il est clair que les versets de la sourate 4, intitulée les femmes, attestaient par leur contenu la volonté d'atténuer les droits des mâles, qui seuls héritaient auparavant, alors qu'il n'est question dans le Coran que des héritiers jusqu'alors exclus de la succession. Or, ces derniers, qui ont droit à une part « *fardh* » (c'est-à-dire à une fraction de la succession), sont en grande majorité des femmes : la mère (et certaines aïeules), les filles (et les filles de fils, par extension), les sœurs du défunt (germaines et consanguines), les frères et sœurs utérins et le (ou les conjoints si le défunt était polygame) conjoint survivant (époux ou épouse). Et les parents mâles par les mâles, désignés comme « *açeb* », ne viennent à la succession qu'une fois ces héritiers nouveaux remplis de leur part.

Mais il est tout aussi évident que la part réservée aux femmes trahit l'inégalité du statut qui leur est fait dès lors qu'elles entrent en concours avec des mâles de même degré. Ainsi de la fille qui cesse de prendre sa part dès lors qu'elle est en concours avec son frère, pour prendre alors une part égale à la moitié de ce que le frère aura droit, inégalité flagrante, mais qui peut être à l'époque justifiée par les règles qui président au mariage qui font reposer sur l'homme l'ensemble des charges financières. C'est ainsi également que le conjoint survivant, lorsque c'est le mari, a droit à la moitié de l'héritage si le défunt ne laisse pas d'enfant et seulement au quart s'il en laisse, tandis que lorsque c'est l'épouse, elle n'a droit dans les mêmes conditions qu'au quart et au huitième. En vue d'autres concours, les droits des femmes se renforcent, soit dans tous les rites pour reconnaître par exemple à la fille seule d'hériter de la moitié de la succession en concours avec un autre héritier que son frère, dans certains rites pour reconnaître aux « parents par les femmes » un droit supérieur au fisc en l'absence de *fardh* ou d'*açeb*.

## II. Le droit se cherche d'autres références et découvre le régime de séparation

L'occident garde aux yeux de beaucoup l'image d'un droit définitivement séparé de la religion et d'une laïcité qui s'est forgée, en France, particulièrement, par la lutte à laquelle se sont livrés l'Église et l'État. L'histoire de l'Europe est jalonnée de ces conflits qui, de la lutte des deux glaives au Moyen-âge à la loi de séparation de l'Église et de L'État au début du 20<sup>e</sup> siècle, ont façonné une société dont le droit est le résultat d'une loi, expression de la volonté générale, et d'un droit, entièrement tourné vers la solution de problèmes humains. Sans doute forgée au temps de l'Empire romain devenu chrétien, la collaboration, puis l'éloignement des deux puissances, s'est appuyée sur cette idée qu'un Dieu créateur impose ses lois, lois que l'on perçoit progressivement comme naturelles et qui se nourrit évidemment du progrès du pouvoir temporel au 13<sup>e</sup> siècle, de sa prééminence au 16<sup>e</sup> siècle et surtout du message du Christ, lu attentivement par les canonistes et qui, « rendant à Dieu ce qui est à Dieu et à César ce qui est à César », prennent leur distance avec les théologiens. D'où, dès le Moyen Âge, un droit public qui cherche appui sur la religion en même temps que dans la sphère privée il multiplie les signes d'éloignement.

Mais il n'est pas inintéressant de voir que cette « idée de séparation » était déjà inscrite dans l'Antiquité et portée par la lecture des anciens et de leurs institutions. Comment ne pas voir, par exemple, qu'Hésiode qui, dès le 7<sup>e</sup> siècle avant J.-C. développe le thème de la méfiance à l'égard des Dieux, que l'on peut certes les imiter, leur consentir des sacrifices, que l'on peut même négocier avec eux, mais qu'il y a une justice humaine, une *diké*, un procès et un droit fait par les hommes et qu'en les imitant, ainsi dans le droit des contrats, on peut développer un système de relations qui ne leur doit plus rien. Et c'est bien la leçon retenue par le droit romain, *jus* finalement détaché du *fas* et dont on retiendra qu'il a non seulement séparé institutionnellement par ses magistratures spécialisées le droit de la morale et de la religion, mais encore progressivement construit un droit de

*negotia* totalement indépendant des approches religieuses parce que « droit des gens », propice aux développements d'un art combinatoire et d'une science juridique libérée du regard des prêtres. C'est cet éloignement d'une « raison, limitée à la compréhension de la volonté des Dieux » pour aller vers une « raison raisonnante », permettant toutes les combinaisons, qui a permis aux juristes romains de construire un alphabet du droit exclusivement tourné vers la solution des problèmes humains!

C'est sur ces bases seules que peut se construire une vraie science juridique, capable de voir s'épanouir l'esprit critique, dégagé du poids des interdits mais non des préoccupations éthiques, à la recherche d'un ordre s'adaptant aux relations sociales, ouverte aux autres disciplines et se construisant en parallèle avec elles et c'est ce choix qu'a finalement fait le droit d'occident, le poussant en France jusqu'à l'extrémité de la séparation absolue.

La laïcité de type français suppose la séparation de l'Église et de l'État, situation exceptionnelle, qui ne se fonde pas sur la logique de la tolérance et de la liberté religieuses, mais traduit une volonté de bannir l'Église de la vie publique, et l'impossibilité pour les deux partenaires de parvenir à un accord mutuel sur le politique d'où l'Église doit être bannie. C'est du moins ce que suggère le contexte historique qui a conduit à l'établissement de ce régime, souvent issu d'une révolution qui a conduit à associer l'Église à l'ordre déchu (Mexique, Russie, Cuba...). En France, la laïcité procède du conflit entre la République et l'Église, d'une séparation liée à une conjoncture de guerre religieuse, mais séparation entamée dès la Révolution française et qui conduira à la loi de séparation du 9 décembre 1905. Or, cette séparation de l'Église et de l'État, si elle signifie séparation du pouvoir politique et de la religion et par suite neutralité religieuse de l'État, génère dans son sillage ou accompagne de nombreuses conséquences. Dans le domaine du droit des biens, du « patrimoine » que notre titre évoquait, il va falloir donner un statut aux biens affectés aux cultes, biens transférés aux personnes morales de droit public (État, départements, communes, L. 1905 et 2 janvier 1907) et dire

que le prêtre n'est plus qu'un ministre du culte... sans traitement public. En droit pénal, on rappellera la non-répression du blasphème, déjà comprise dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En droit privé, pour s'en tenir à un seul exemple, il n'existe qu'un seul procédé de contracter un mariage, célébré devant l'autorité administrative, en des formes exclusivement profanes. La loi de l'État interdit de nouer un mariage purement religieux, sans avoir préalablement conclu un mariage civil et assortit parfois cette prohibition de peines sévères, et bien sûr, le mariage religieux qui peut suivre le mariage civil est sans valeur juridique au regard du droit étatique.

Ce système français s'est imposé en Belgique, aux Pays-Bas et en Suisse. L'Italie s'engagea elle-même dans cette voie de 1865 à 1929, ainsi que l'Espagne de 1870 à 1875, puis de 1932 à 1938. L'Allemagne a suivi avec l'institution unitaire du mariage civil (*Zivilehe*) en 1875, qui n'a jamais été remise en cause depuis. Il en est de même de l'Autriche et de la Hongrie (par une loi séparée de 1894). Ce monisme est également celui de la Turquie, depuis 1926. En Europe orientale, cette sécularisation a été souvent introduite après la Seconde Guerre mondiale, par les communistes, notamment en Pologne avec les décrets de 1945-1946 (et le code de la famille de 1950). Souvent elle y a survécu, par exemple en Roumanie et en Hongrie, où les modifications apportées aux codes de la famille adoptées sous la dictature (respectivement en 1954 et 1952) depuis la chute de celle-ci n'ont pas remis en cause la nature exclusivement laïque de l'union conjugale.

### **III. Le droit se construit sur d'autres rapports et découvre le régime de communauté « réduite »**

Il n'est pas, nous l'avons dit, dans la réalité des cohabitations de régime « absolu ». Il est visible que bien des civilisations et bien des pays ont « aménagé » des relations moins tranchées quand ce ne sont pas les « modèles » eux-mêmes, qui sont de l'intérieur, « travaillés » pour qu'une autonomie plus grande préside aux rapports entre droit et religion.

Ainsi, tout d'abord, et sans obligatoirement nier le sacré, certains systèmes juridiques ont cherché à dresser un inventaire et à fonder le droit sur des principes qui, pour n'être pas moins forts, impriment une moins grande contrainte et offrent une plus souple perméabilité. En tout cas, les transformations, en raison de l'éloignement de la religion, y sont plus faciles, les références tenant à des rapports dominés par les relations entre les hommes ou entre les groupes, la référence au sacré ne venant qu'en appoint. Il en est ainsi en Asie ou en Afrique, la première en raison de la pensée confucianiste et à la philosophie qui en découle, la seconde parce que le poids de la nature, divinisée, pose des limites aux principes. On aura donc ici un système de communauté, qui marie habilement « les propres » reconnus au droit et les « acquêts de communauté » nés de la collaboration entre droit et religion.

Pour la Chine, par exemple, les deux doctrines les plus actives à l'égard du droit ont été le confucianisme et le légisme. Nul Dieu n'impose sa vision d'en haut. Le premier, par une référence constante à la vertu des comportements, élimine le droit de la sphère du privé qu'il abandonne à la coutume, par définition plastique, et réserve le religieux à la sphère du public, droit pénal et droit constitutionnel liés. Le légisme, quant à lui, est tout au rebours une philosophie qui glorifie le droit légiféré et renvoie la religion et la morale à leur expression la plus modeste, voire les considère comme « néfastes ». Mais dans cette Chine, où ces deux philosophies se sont à la fois succédées et épaulées, elles-mêmes confrontées à des courants concurrents (le bouddhisme) ou complémentaires (le taoïsme), le droit en définitive est resté œuvre humaine et sensible au rôle que peuvent y jouer le groupe et les arrangements de conciliation. D'où un mélange de dispositions laïques, tant dans les codifications très nombreuses et donc évolutives que dans les coutumes (droit des biens, droit des contrats, procédure, droit matrimonial, droit des successions, droit pénal) mâtinées de traits religieux : continuation du culte du défunt réservé au fils, biens de huong-hoa destinés aux ancêtres, et d'une manière plus générale, vision patriarcale fondant une inégalité des sexes justifiée par le culte des ancêtres.



Pour l'Afrique, la dimension coutumière et le rapport à la nature au travers de l'animisme placent le droit en situation également différente, car nul Dieu, pas plus que nul État n'impose sa vision d'en haut. La création elle-même est le résultat d'une gestation qui fait sortir le monde du chaos et qui y laisse des traces, identifiées comme opposées et complémentaires, tout comme la vie en société sera le fruit d'une collaboration incessante des hommes qui la composent. Non pas que le sacré y soit absent et ne vienne appuyer quelques mécanismes de droit public (en droit constitutionnel, où les génies sont omniprésents et en droit pénal, où le droit de la preuve est largement bâti sur le recours aux divinités) ou de droit privé (notamment en droit foncier où la terre, divinité, commande aux règles qui la concernent ou encore pour la place de l'individu dans le monde : souffle vital reçu du père, place des ancêtres, parenté totémique), mais pour l'essentiel, la loi, expression d'une volonté, n'y joue aucun rôle et au contraire, la coutume, fruit des tendances communautaires, couvre le champ du mariage (alliance entre groupes fondée sur la dot « véritable liane »), de la filiation combinant patrilinéarité et matrilinéarité, du droit des biens et des contrats, dépendant du logement géographique et donc de l'économie de chaque groupe, etc.

Ensuite l'histoire, la plus ancienne comme la plus récente, témoigne de la volonté de « réduire » les oppositions sans pour autant s'engager, loin de là, dans une communauté universelle ou, en sens contraire, de la volonté d'abandonner cette communauté pour consentir quelque séparation modérée. Cette nuance, l'histoire du 19<sup>e</sup> siècle, pour la France elle-même, en a fait la démonstration avec le régime concordataire de 1801, visant à liquider un passé litigieux et à se satisfaire pour l'Église d'une protection de l'État et le maintien, après la guerre de 1914, de ce régime concordataire en Alsace-Lorraine. Quant aux colonies françaises, si l'on excepte un régime de séparation de droit instauré en 1913 pour Madagascar et une loi fortement retouchée pour les Antilles ou l'Algérie, l'ensemble des grands gouvernements d'Afrique et d'Indochine resteront dans un état de fait, sans plus de concordat que de séparation d'ailleurs!

Le monde moderne a considérablement atténué les tensions ou du moins a défendu l'idée qu'il fallait trouver des arrangements moins rigides.

Ainsi, d'une part, il est évident que dans le monde musulman, de fortes pressions se manifestent pour que le droit retrouve une liberté nouvelle et que les règles s'adaptent mieux à l'évolution des mœurs et aux transformations de la société, en vue d'un régime qui se situerait entre communauté universelle et séparation des patrimoines. Estimant que le travail de réflexion du 8<sup>e</sup> au 12<sup>e</sup> siècle peut être recommencé et que le Coran dans 18 de ses versets recommande aux hommes de réfléchir sur la voie qu'ils adoptent (et dans 50 autres invite l'homme à utiliser sa raison), quelques juristes célèbres (dont le tunisien Tahar Haddad qui plaide en 1929 pour la libération de la femme et la modernisation du droit musulman) ont préconisé la réouverture de l'*ijtihad* et le dépassement de l'œuvre des anciens. Accumulant arguments de bon sens (certaines matières du droit musulman sont le résultat de l'intelligence humaine, l'État est contraignant mais la religion est « volontaire ») et arguments scripturaires (il n'est jamais question dans les textes « d'État musulman », a toujours été distingué dans le *fiqh* entre les *ibadates* – les rapports entre les hommes et le créateur – et les *mouamalates* – les rapports entre eux), ils cherchent à démontrer que le droit positif a été rattaché artificiellement à la religion en raison de la société très religieuse de l'époque et que des choix nouveaux justifiés par les orientations dessinées par le Prophète sont conformes à l'esprit du droit musulman. Ce qui les conduit à mettre en valeur toutes les méthodes inhérentes au droit musulman, qu'il s'agisse de l'*ijtihad* (réinterpréter les sources sacrées), le *néo-ijtihad* (rapprocher les versets du Coran pour en tirer des conclusions nouvelles) ou le *takhayyur* (la sélection par une école de solutions tirées d'une autre école), etc.

Il reste que, malgré les efforts des modernistes et des résultats spectaculaires dans certains pays (suppression ou aménagement de la polygamie, refus de la répudiation, introduction de la représentation successorale, reconnaissance de

l'enfant naturel), les parts successorales, en raison de leur inscription scripturaire, peuvent difficilement être retouchées. Cette rigidité des règles, en droit successoral et en droit familial, est d'autant plus significative qu'elle contraste avec les domaines du droit plus facilement infiltrés de droit moderne et la facilité avec laquelle les États parviennent à adapter leur législation. Les débats, toujours vifs, qui accompagnent dans les pays islamisés la volonté de changement, et les résistances que génèrent les dispositions modernes attestent de la nature originale du droit musulman classique et de la nécessité d'en comprendre, par l'histoire, les caractères.

Mais également, d'autre part, on reconnaîtra que dans le droit des pays européens, le « sécularisme » à la française se nuance fortement. En France même, on voit bien que l'antagonisme entre la République démocratique et l'Église catholique s'est dissous et que l'État a redécouvert la nécessité de respecter le fait religieux, donnant à la laïcité française un aspect moins abrupt et l'obligeant à tenir compte aujourd'hui des aspirations des communautés religieuses minoritaires à une certaine « ouverture », notamment pour tout ce qui a trait au respect de leur particularisme, que révèlent les multiples rebondissements de la querelle du voile islamique. Mais ce sont surtout d'autres pays qui ont fait des choix plus nuancés du « sécularisme » sans pour autant faire renaître l'Église d'État, perçue comme un repoussoir et d'où s'éloigne un pays comme la Suède.

D'un pays européen à l'autre, le processus de sécularisation du droit a été plus ou moins précocé, plus ou moins complet, ce qui explique des différences d'esprit sur certains points de la législation. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler que dans la plupart des pays d'Europe et notamment en Angleterre (où le souverain est chef suprême de l'Église anglicane), la religion a un statut de droit public, alors que la laïcité exclut toute reconnaissance officielle et implique la séparation de l'Église et de l'État, la relégation du religieux dans la sphère privée.

En premier lieu, un grand nombre de pays européens connaissent toujours le régime de l'union du pouvoir et de la religion avec le système de la confession officielle : Malte, Monaco, le Liechtenstein, Saint-Marin et en Suisse le canton d'Uri (avec le Catholicisme), l'Angleterre (avec l'Anglicanisme), l'Écosse (avec l'Église presbytérienne d'Écosse), le Danemark, la Norvège, et l'Islande (avec le Luthérianisme), les cantons helvétiques dotés d'une *Landeskirche*, une Église d'État (avec le Calvinisme), la Grèce enfin avec l'Orthodoxie. Bien qu'il n'ait pas été conçu pour favoriser la liberté religieuse, ce régime s'y est au fond parfaitement adapté. Ainsi, dans la plupart des pays qui le pratiquent, les cultes minoritaires ont une existence juridique et bénéficient parfois d'un financement public.

En second lieu, le régime le plus fréquent dans l'Europe de tradition catholique est le système concordataire, parfaitement transposable à d'autres cultes et en vigueur, avec bien des nuances, au Luxembourg, toujours formellement régi par le concordat napoléonien (1801), en Belgique (1831), en Autriche où plusieurs textes successifs ont été signés (1782, 1855, 1933), dénoncés et révisés, en Italie (Accords du Latran de 1929 renégociés en 1984), en Allemagne (1933), au Portugal (concordat de 1940 révisé en 1976) et en Espagne (concordat de 1953 révisé en 1979). À l'issue de la dislocation du bloc soviétique, un concordat a été signé avec la Croatie et la Pologne et le Saint-Siège en négocie actuellement un avec la Slovaquie et la Hongrie.

Ce sécularisme donne au droit pénal et au droit privé une physionomie spécifique qu'on ne retrouve pas dans les systèmes laïques, comme le montrent les deux exemples du blasphème et du mariage. Dans les pays qui connaissent le sécularisme, mais pas la laïcité, le mariage civil coexiste avec le(s) mariage(s) religieux et les futurs époux optent pour le mode de célébration de leur choix, qui produit des conséquences juridiques égales et indifférenciées. Si l'on met de côté l'Espagne, dont l'évolution a été chaotique, et des pays comme l'Italie (1929), la République tchèque, la Slovaquie et la Pologne (1998), qui y sont venus après avoir commencé par tenter d'établir un mariage exclusivement

civil, l'évolution, initiée par l'Angleterre, qui paraissait devoir être suivie par la France (1787) a été celle du Portugal (1867), de la Suède, la Norvège, le Danemark, la Grèce (1982) et, hors d'Europe, des États-Unis, du Brésil et du Canada, qui ont adopté ce système pluraliste.

Le blasphème, qui n'est pas une infraction en droit français, l'est en droit anglais et en droit néerlandais, bien que les cas de poursuite soient devenus extrêmement rares. De même, en droit autrichien, une disposition du Code pénal interdit les comportements dirigés contre les objets de vénération religieuse « de nature à provoquer une indignation légitime ». Ayant eu à se prononcer sur ces textes dans les années 1990, la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg a jugé que ces incriminations n'étaient pas contraires à la Convention européenne des droits de l'homme. En France, on les regarderait comme incompatibles avec la laïcité.

Bref, on le voit, ces relations complexes, vues du point de vue du droit, traduisent le besoin de tracer une frontière « d'intérêts ». Le mot choque? Mais c'est que tout simplement la mission du droit n'est pas celle de la religion, pas plus qu'elle n'est celle de la morale, alors même pourtant que toutes sont perçues comme ambitionnant des valeurs identiques ou voisines. Pour les uns, le droit n'est pas à la hauteur de ces valeurs. C'est le sens d'un vieil adage allemand : *Juristen, böse Christen* (Juristes, mauvais Chrétiens). Quant à la morale, on rappellera l'opinion de Soljénitsyne sur la « balance juridique » de l'Occident qui a cela mais rien que cela et a perdu tout véritable sens moral. Le but du droit est d'ordre *remedial*, comme disent les Anglais. Il a pour objet d'apporter un remède aux maux qui affectent le corps social *ubi remedium, ibi ius* (là où est le remède, là est le droit). Mais si son propos est limité, il a en revanche d'autres valeurs comme buts, valeurs d'ordre et de liberté pour lesquelles il doit prudemment éviter de se laisser investir par l'une comme par l'autre.

